ENRIQUE AHRENS.

# ENCICLOPEDIA JURÍDICA

Ó EXPOSICION ORGÁNICA

## DE LA CIENCIA DEL DERECHO Y EL ESTADO.

VERSION DIRECTA DEL ALEMAN,

aumentada con notas críticas y un estudio sobre la vida y obras del autor

POR

FRANCISCO GINER,

GUMERSINDO DE AZCÁRATE Y AUGUSTO G. DE LINARES,

Profesores en la *Institucion libre de enseñanza.*

TOMO I.



MADRID:

LIBRERÍA DE VICTORIANO SUAREZ, JACOMETREZO, NÚM. 72.

1878.

IMPRENTA DE JOSÉ MARÍA PEREZ, CORREDERA BAJA, NÚM. 41.

## ADVERTENCIA DE LOS TRADUCTORES Y ANOTADORES.

La importancia del presente libro, más que la conciencia de sus fuerzas, incitó á los traductores á llevar á cabo una empresa, que pedia muchas y muy diversas condiciones, no sólo para vencer las dificultades de una traduccion que resultase acorde con el sentido y génio de nuestra lengua, sino para completar las consideraciones del autor, especialmente en la parte histórica, en vista de las nuevas fuentes que él no pudo utilizar (1).

Algo han intentado en este sentido los traductores; pero dista infinito de lo que otros con más aptitud y mayor tiempo disponible pudieran haber hecho. Así en la parte filosófica, como en lo demás, si se ha procurado atenuar la actual imperfeccion de este libro, de acuerdo con los últimos progresos de la Filosofía y la Historia del Derecho, esa imperfeccion no ha desaparecido.

No es ménos lo que deja que desear la traduccion en punto á lo castizo del lenguaje y á lo literario del estilo; si bien nos hemos procurado atener con la mayor fidelidad al texto, sin permitirnos las extrañas libertades que algun otro traductor extran-

(1) La version ha sido hecha directamente del aleman por Francisco Giner y Augusto G. de Linares; las notas que llevan esta señal *(N. T.)* pertenecen al primero, y las que van designadas con esta otra (A.) son debidas á Gumersindo de Azcárate.

jero ha usado con este mismo libro, suprimiendo, por ejemplo, en su version todos aquellos pasajes cuyo sentido le ha ofrecido dificultad. Lo que sí hemos hecho en ocasiones, ha sido subdividir ciertos párrafos y capítulos del original, para su más clara lectura é inteligencia.

El libro es, sin embargo, tan importante, que tal como la traduccion resulta, creemos con todo prestar al progreso jurídico de nuestro pueblo, dándola á luz, algun servicio.

Madrid 15 de Febrero de 1878.

# NOTICIA SOBRE LA VIDA Y OBRAS

DE

# ENRIQUE AHRENS.

## I.

Nació el ilustre pensador, que tan poderosamente ha contribuido con sus escritos á la incipiente renovacion de la cultura española, el 14 de Julio de 1808 en Kniestedt, junto á Salzgitter (Hannover); y agregado desde muy jóven á la Universidad de Goetinga, recibió allí la enseñanza de Krause, comenzando en 1830 á consagrarse al magisterio como *Privat docent* en aquella escuela, cuya habilitacion obtuvo mediante su tésis *de confoederatione germanica,* en que abogaba por la institucion de una Cámara de representantes para la Dieta. Sus ideas liberales le hicieron poco grato á los más de sus colegas; y los sucesos políticos que en Alemania correspondieron á la fundacion de la monarquía de Orleans en Francia, le obligaron á emigrar á Bruselas, desde donde marchó á París, despues de adquirido el perfecto dominio de la lengua francesa, que ha podido admirarse luego en aquellos de sus libros escritos en tan universal idioma.

Ábrese entonces un nuevo período en la vida de Ahrens: ya comienza á influir en la cultura intelec-

tual europea, primeramente, por sus artículos en la *Revue encyclopédique* (1831-34); despues, y de un modo más íntimo, sistemático y profundo, por sus lecciones, dadas en París (1833), sobre la *Historia de la Filosofía desde Kant,* que obtienen grande éxito desde un principio; y en el año siguiente, Guizot, que á la sazon representaba en el Ministerio de Instruccion pública de Francia las primitivas tendencias, un tanto expansivas, de la dinastía de Julio, le confió en París un curso de Filosofía, en el cual diese á conocer, con la autoridad que á su palabra prestaba, á más de su elevada inteligencia, esta honorífica mision, los principales resultados de las últimas evoluciones del pensamiento en Alemania, y con especialidad las doctrinas analíticas y psicológicas de Krause. Debióse la iniciativa de este encargo al espíritu abierto y tolerante de Cousin y á su amor por los estudios superiores. Hoy, los tres hombres asociados para aquella noble empresa han desaparecido de nuestra sociedad: Cousin, el primero; Guizot, poco antes de Ahrens; éste, el último, despues de haber llegado todos á lograr grande autoridad é influjo muy diverso en naturaleza y carácter, y quizá en duracion; pero á todas luces eminente.

En vista de los frutos de esta enseñanza, dispensada en la ambiciosa capital del mundo moderno por un extranjero de 26 años, dióle á elegir el ministro entre una cátedra de Facultad y una pension para proseguir y completar durante algun tiempo sus estudios. Ahrens optó por esto último; pero fundada en 1834 la Universidad de Bruselas, é invitado para ingresar en su cuerpo docente como Profesor de Filosofía, aceptó este encargo al lado de su anti-

guo compañero Teodoro Schliephake (1), uno de los más distinguidos discípulos de Krause y que enseñaba en el nuevo instituto la Historia de la Filosofía.

Fecunda fué en verdad la resolucion de Ahrens: porque en los diez y seis años (de 1834 á 1850) que duró su profesorado en la córte de Bélgica, su influjo fué tal, que con razon se le estima como uno de los grandes fundadores de la cultura nacional de aquel pueblo: á ello contribuia la asídua concurrencia de sus principales hombres de Estado á las lecciones privadas y trato personal del ilustre maestro, en cuya comunicacion esperaban hallar firme sentido para resolver sus dificultades políticas y sociales. Ni sirvió ménos para ello la participacion que, mediante su crítica y sus consejos, ejerciera en la vida pública (participacion que ha acentuado allí más todavia su sucesor M. Tiberghien) y de que eran eco sus renombradas correspondencias á algunos diarios de Prusia: con todo lo que ayudaba generosamente á la constitucion y asiento del nuevo liberal Estado.

El gran número de discípulos que formó en aquel país y al frente de los cuales descuellan el ya citado filósofo Tiberghien, actualmente Rector de la misma Universidad, y el historiador Laurent, Profesor en la de Gante, han contribuido á difundir en los más de los pueblos latinos un espíritu y sentido filosófico que, á lo ménos en Bélgica, en Italia, en España y en buena parte de la América latina, ha sido de incalculable trascendencia en todos los órdenes. Cier-

(1) Profesor de Pedagogia en la Univ. de Heidelberg, † en 1871.

to que, en Francia, la elegante claridad de Ahrens y sus discípulos no ha valido igual influjo á sus doctrinas, abstraccion hecha de pocos publicistas, aunque distinguidos; mas, ora sea por falta de flexibilidad y claridad (defectos que en todo caso mal podrian atribuirse á Ahrens), ora por un rigor en la indagacion, hoy á lo ménos excesivo para el espíritu francés, ó por cualesquiera otras causas, á todos los grandes pensadores de la Alemania contemporánea, á Fichte, Schelling, Hegel, Krause, Herbart, Schopenhauer, ha cabido en este punto igual suerte. Ninguno de ellos ha dejado profunda impresion entre nuestros vecinos; y el mismo Kant, que tal vez podria estimar alguien como excepcion á esta regla, no les ha interesado, sino en cuanto puede dar pretexto, en el dualismo (aparente) de la razon pura y la práctica, para el sentido ecléctico, relativo y combinista que presta hoy á la filosofía francesa (en todas sus corrientes generales, sean cualesquiera su género y sentido) el sabor, más bien, de una conversacion, ya discreta, elegante é ingeniosa, ya tierna, sentimental y elocuente, pero cuya superficialidad tiene aversion instintiva á las investigaciones demasiado rigorosas y profundas.

Entre nosotros, por el contrario, desde que apareció la primera edicion del *Curso de Psicología* (1836-38) (1) y sobre todo el célebre *Derecho natural* (1839) (2), la simpatía por Ahrens fué creciendo,

(1) *Cours de Psychologie, fait à Paris sous les auspices du gouvernément.* 2 vol.—París, 1836 y 38. Se tradujo al holandés por M. Niewenhuis.

(2) *Cours de Droit naturel, ou de Phil. du Droit, fait d'après l'état actuel de cette science en Allemagne;* 1.ª ed.: 1 vol.—Bruselas, 1839.

así como su influjo, hasta alcanzar proporciones verdaderamente incalculables.

Así es que, cuando, más tarde, el ilustre Sanz del Rio, obedeciendo al severo dictámen de su conciencia, no ménos que al doble fin social de servir al progreso de la cultura nacional científica y de corresponder á la confianza con que, en una de sus fugaces inspiraciones de buen sentido y celo por la pátria, le habia comisionado en 1843 el Gobierno español para estudiar las nuevas direcciones de la Filosofía, llamó con sus primeros escritos la atencion de nuestra juventud hácia la profunda evolucion que en la historia del pensamiento moderno representa Krause, encontró bastante extendido el espíritu y crédito de Ahrens, por lo ménos en todas las esferas culminantes de nuestra vida intelectual y política; siendo el *Derecho natural* (1) libro ya por entonces en ellas respetado y que despues ha venido á ser un factor esencial en la educacion de nuestros más importantes jurisconsultos y estadistas.

Verdad es que este libro cuyas ediciones son ya más de veinte, es opinion de sus más decididos censores (2) que ha hecho época en la historia del

(1) El hecho de haberse traducido esta obra en 1841, por los señores D. Ruperto Navarro Zamorano y D. José Alvaro de Zafra, y el de haberse agotado á poco esta edicion, dan ya idea del interés que entre nosotros despertó un libro, del cual se han hecho luego otras dos versiones españolas: una, de la 8.ª edicion francesa, en 1864, por el Sr. Flamant, y otra, de la 6.ª, en 1873, por los Sres. Rodriguez Hortelano y Asensio.

(2) Uno de los más ilustres representantes de la ciencia jurídica en Inglaterra, Mr. Lorimer, profesor de Derecho natural en la Universidad de Edimburgo y decididamente *contrario* á las doctrinas de Krause, Ahrens y Röder, dice de este libro en su *Derecho natural* (*The institutes of law*—1872), pág. 320, nota, y de su "maravillosa

Derecho: su fama sólo es comparable á la del de Grocio y su influjo ha llegado á ser absolutamente preponderante, no ya entre los científicos, sino entre toda clase de personas, y aun entre los hombres de Estado de más diversas escuelas. Es, sin duda alguna, la obra más popular del ilustre Profesor; y sus huellas se notan á primera vista en todas las posteriores, de la escuela naturalista y kantiana, como de la histórica ó de la teológica, positivistas ó espiritualistas, liberales ó conservadoras. En España, no hay pensador, publicista ni político de alguna formalidad, sea cualquiera su sentido, que no conozca y estudie este bello libro, y que aun combatiéndolo

popularidad" *(sic)*: "de su éxito, puede dar alguna idea el hecho de haber sido traducido á casi todas las lenguas europeas, excepto la inglesa..... de tal suerte, que en 1868 contaba diez y nueve ediciones entre originales y traducciones. Recientemente, ha servido de texto en la Escuela de Derecho de París, y *yo mismo lo he recomendado siempre*."—Otro distinguido jurisconsulto hegeliano, M. de Holtzendorff, tambien *adversario* de Ahrens y de Röder (con quien por cierto ha tenido récias polémicas), afirma que las doctrinas de Ahrens "se han extendido por todo el mundo, *sobre todo en Alemania*." (V. Romero Giron: *Estudios de Derecho penal y sistemas penitenciarios*, p. 21). Verdad es que el mismo Lorimer dice (pág. 242, etc.): "Pero los sucesores de Krause son quienes, no sólo por sus escritos, sino por los Congresos anuales que recientemente han celebrado, han llegado á ser los representantes prácticos y expositores de la escuela positiva....."

Ya antes habia dicho el célebre R. Mohl, al cual nadie en verdad acusará tampoco de *krausismo*, que "este libro haria época en todos los pueblos latinos." *(Anales de Heidelberg*, 1840, p. 481-501).

A juzgar por el testimonio de tan decididos *adversarios*, debemos hallarnos algo distantes todavia de esa "visible decadencia" del influjo de Krause, que ha proclamado recientemente uno de nuestros más distinguidos jurisconsultos, el Sr. D. Manuel Duran y Bas, en su *Discurso inaugural* del Ateneo barcelonés en 1876, pág. 18; así como del "eclipse" que, segun otro jurisconsulto no ménos exclarecido, el Sr. Alonso Martinez, ha sufrido aquella doctrina. (Véase su *Dis-*

quizá en mucho, no lo acepte en algo: á menudo, en harto más de lo que él mismo piensa.

La obra maestra de Ahrens se distingue principalmente, no sólo por la elevacion y riqueza de pensamiento, sino más aún por el tacto y prudencia conciliadora con que acomoda á nuestro tiempo todos los principios y las cuestiones más graves y profundas, y por la elegancia, nobleza y aun elocuencia de su lenguaje. No hay, en verdad, tratado alguno de Filosofía del Derecho que pueda servir como él para despertar el pensamiento y difundir en los más ámplios círculos la cultura jurídica y política, así como para presentar, de una manera sensible, un

---

*curso leido ante la Real Academia de Ciencias morales y políticas* el 31 de Diciembre de 1876).

Por lo demás, no parece razonable apreciar el valor real de una direccion filosófica por el número de los que, más ó ménos libremente, la siguen en un momento dado de la historia. Todo pensamiento original, en la ciencia como en la religion y en todas las esferas, comienza siempre y necesariamente en una minoria (como que su aparicion tiene en el indivíduo su primer órgano inmediato), y la rapidez de su propagacion está siempre tambien en razon directa del grado en que responde al estado actual de la opinion, á las circunstancias históricas y á las exigencias latentes que en ella encuentran fórmula. Por esto, lo escaso del éxito que en tal momento alcanza, v. gr., una doctrina filosófica, así puede deponer de su impotencia para incorporarse á la corriente de la civilizacion, como de haberse adelantado más ó menos su hora, hallando mal preparado todavia al medio social, ó bien de una lentitud de desarrollo, que suele ser prenda de seguridad no pocas veces: buen testigo de ello es la historia de la religion. Nada importa, pues, que el espíritu y sentido de Krause hoy se extienda ó no por el mundo, ni que sean muchos ó pocos los hombres distinguidos que lo representan *en la actualidad*; sino el respeto que de dia en dia adquiere entre los científicos. Compárese la atencion, cada vez mayor, que al exámen de esta direccion se viene concediendo, por ejemplo, en la literatura jurídica, en la cual puede decirse que hoy preocupa mucho más al pensamiento de sus mismos adversarios que ninguna de las restantes tendencias.

cuadro ordenado y comprensivo de los problemas cardinales de esta ciencia. Jamás intentó Ahrens dar á las ediciones francesas de su obra (que son las traducidas en España) el valor de una investigacion rigurosa; sino, ante todo, el de una doctrina construida para servir á la cultura general y aun, en cierta manera, como de propaganda. Que tal fué su propósito, se desprende claramente de sus propias palabras (1); de sus dotes para emprender un trabajo de índole más severa, y por esto mismo destinado á un número muchísimo menor de personas, dan testimonio los desarrollos que con este superior carácter añadió en ciertos puntos á las ediciones alemanas de su mismo libro: ediciones, concebidas y ejecutadas con intencion más profunda. Quien pretenda en vano hallar en la obra del eminente maestro lo que él no trató de que fuese, cúlpese á sí propio; mas si la juzga segun los fines que el autor se propusiera, difícil será le niegue haberlos conseguido.

No es ménos importante su *Curso de Psicologia*, por más que entre nosotros, aunque muy conocido y estimado, desde un principio, por un corto círculo de personas, no ha llegado á verterse á nuestro idioma hasta época muy reciente (2).

Este libro, proyectado bajo un plan enteramente distinto que el de Tiberghien (3), ha sido ménos po-

(1) "La obra que ofrezco al público no es más que un resúmen destinado á servir de *Manual* (libro de texto) para la enseñanza; si halla benévola acogida, me propongo publicar un libro más extenso sobre esta materia." —(*Prefacio* de la 1.ª edicion). Desgraciadamente, la promesa que encierran estas últimas palabras no ha llegado á cumplirse.

(2) Por D. Gabino Lizarraga, en 1873.—2 vol.—Madrid.

(3) *Psychologie: la science de l'âme dans les limites de l'observation.*—1.ª ed., 1862; 2.ª id., 1868.—Bruselas.

pular que él en nuestra pátria, por haberse publicado en tiempos en que la cultura española, en punto á estudios psicológicos, se hallaba muchísimo más atrasada y circunscrita que en asuntos jurídicos, y sobre todo, políticos; así como por agotarse á poco la única edicion que el autor hizo y no haberse traducido hasta hace muy poco al castellano: falta ésta, que no ha perjudicado tanto á la *Psicología* de Tiberghien, dada á luz cuando ya el conocimiento de la lengua francesa se habia generalizado entre nosotros. Sin que entremos á examinar este interesantísimo, y en cierto modo enciclopédico tratado, permítasenos señalar las principales diferencias entre él y el de Tiberghien. Estas son:

1.ª El de Tiberghien tiende á ser todo él puramente analítico y aun experimental; mientras que el de su maestro es predominantemente sintético y metafísico, sobre todo en la 2.ª parte.

2.ª El de Tiberghien se reduce á la Psicología *pura*, despues de una breve consideracion sobre las relaciones entre el alma y el cuerpo; Ahrens consagra todo el tomo I al estudio de estas cuestiones, en cuyo punto está quizá lo superior y más importante de la obra; siendo sumamente notable la leccion 2.ª, que viene á ser un verdadero compendio de Filosofía de la Naturaleza, hecho principalmente bajo el sentido de Oken y Carus y no exento de cierta preocupacion vitalista.

3.ª Tiberghien se abstiene en general de toda consideracion trascendental y metafísica en que, sólo como por excepcion y de paso, entra alguna que otra vez; Ahrens consagra más de la mitad del tomo II á bosquejar el camino propio, en su sentir,

para llegar al conocimiento de Dios, y á exponer, despues de criticar las llamadas «pruebas» de su existencia, los principios más cardinales de la Metafísica y de la Teología racional.

4.ª Ambos libros son más expositivos y doctrinales, que indagativos; esto es, contienen más bien un sistema de soluciones, que la direccion para inquirirlas; pero este carácter es mucho más visible en el de Ahrens.

5.ª La Psicología, propiamente dicha, es extremadamente breve en éste (159 páginas, entre más de 600); prescindiendo, por tanto, de un sinnúmero de cuestiones que Tiberghien trata detenidamente, y muy en especial, de casi todas las que éste comprende en la última parte de su tratado.

## II.

En vano llamaron á su seno al ilustre Profesor, en 1841, la Universidad de Leyden, y en 1843, la de Utrecht, centros florecientes de ciencia y cultura de aquel pueblo que habia visto apartarse de su seno el nuevo reino belga, invocando la libertad religiosa. Fué necesario que, á consecuencia del movimiento de 1848, su propio país le enviase como diputado al célebre Parlamento nacional de Francfort, para que consintiera en apartarse de su cátedra, ante deberes que, con más ó ménos acierto, juzgaba superiores. Todos saben cuán corto tiempo pudo llenarlos, aunque no sin tomar parte en las graves tareas de aquel Congreso. Emigrado en 1849, á consecuencia de la disolucion de éste y demás sucesos con ella conexionados, rehusó volver á su antigua Universidad;

aceptando, en 1850, la cátedra que la de Graetz (Austria) le ofrecia para difundir sus principios jurídicos y políticos en la misma pátria alemana, de cuyo seno no debia apartarse ya en lo sucesivo.

Allí permaneció hasta 1860, y este fué uno de los períodos más fecundos de su vida. Ya, en 1848, habia dado á luz, redactadas por él, las lecciones de *Antropologia psíquica* de Krause (1): ahora, durante este tiempo, publicó la primera parte de su *Doctrina orgánica del Estado* (2), además de una refundicion importantísima de su *Derecho natural* (3), enteramente adaptada, por el mayor rigor de la exposicion, así como por su riqueza crítica, á las condiciones de un público más exigente y severo.

En cuanto á la primera de estas obras, que desgraciadamente no ha concluido el autor, contiene, despues de la *introduccion*, un *preliminar* sobre las bases de la ciencia política (las ideas de la Humanidad y su destino, la sociedad, sus fuerzas, leyes y organismo), y una parte *general*, consagrada á exponer la naturaleza del Estado (su concepto, génesis y fin, con la historia de las ideas relativas á esta cuestion); la forma de realizar sus fines, sus medios, sus órganos (el poder, sus funciones y la soberanía); las condiciones y elementos físicos de su vida (territorio, raza y lengua); su organismo, segun el de sus diversas comarcas; las leyes de su desarrollo y, por último, un resúmen de los más importantes principios establecidos en todo el curso de la obra.

---

(1) *Vorlesungen über die psychische Anthropologie*; 1 vol.

(2) *Die organische Staatslehre.*—1 vol.—Viena, 1850.

(3) *Naturrecht, oder Philosophie des Rechts und Staats*, etc.—1 vol.—Viena, 1852.

La importancia de ésta seria mucho mayor si el autor hubiese cumplido su primera idea, descendiendo á pormenores de aplicacion, para los que, en la parte publicada, sólo se hallan indicaciones muy generales; pues las últimas ediciones, francesa y alemana, de su *Derecho natural*, son hoy más completas, en lo que se refiere á estos problemas, que su *Staatslehre*, el cual, por otro concepto, ofrece algun mayor rigor en sus consideraciones. Notable es el discurso publicado por *apéndice* á este libro, y con el cual su autor inauguró en 1850 su instalacion en la cátedra de Filosofía general y del Derecho en Graetz, despues de los dos años en que los trabajos del Parlamento de Francfort tuvieron interrumpida su enseñanza. Versa el discurso sobre el carácter y espíritu de esta, con respecto á la situacion de Alemania y su cultura por entonces.

A poco, fué cuando Ahrens publicó su célebre *Enciclopedia jurídica*, á la que sirve esta noticia de proemio (1). La importancia y el éxito de este libro han sido mayores que los del anterior y siguen á los del *Derecho natural*. Así es que se ha traducido al ruso, al polaco y al italiano (2); ha valido á su autor distinciones de algunos Gobiernos y la investidura

(1) *Juristische Encyclopädie oder organische Darstellung der Rechts und Staatswissenschaft, auf Grundlage einer ethischen Rechtsphilosophie (Encicl. jur., ó exposicion orgánica de la ciencia del Derecho y el Estado, sobre la base de una Filosofía ética del Derecho).*—Viena, 1855.

(2) La introduccion á la *Enciclopedia* se tradujo al francés y publicó por Chauffard (en una Revista?) en Tolosa, por los años de 1866 á 67. La parte de la *Enciclopedia* referente al Derecho político, y que contiene una ojeada crítica al estado y problemas capitales de este órden en nuestros tiempos, ha sido traducida al español y publi-

de miembro honorario de la Facultad de Derecho de Viena. Precede á este libro una breve *Introduccion;* tras de ella, vá un compendio (que tal puede llamarse) de *Filosofía del Derecho,* precioso y bastante completo, en medio de su brevedad; despues de esta parte, una *Historia general del Derecho,* cuyo interés es tanto mayor, cuanto que es sabida la extraordinaria escasez de estos trabajos, hasta el punto de que sólo uno ó dos (1) existen, donde se comprenda el desarrollo jurídico en todos los pueblos que hasta hoy han sido autores y partícipes de la gran corriente de la civilizacion.

Por último, termina el libro con una exposicion, verdadero modelo en su género, del *Derecho positivo aleman,* especialmente en lo tocante á la esfera civil ó privada; en cuyo estudio, el sentido profundo que caracteriza á la escuela histórica en la concepcion y explicacion de las instituciones se halla realzado por un espíritu filosófico más libre, completo y elevado que el de aquella.

Aun despues de publicadas las *Enciclopedias jurídicas* de Pepere y Holtzendorff, conserva la de Ahrens tan inextimable mérito, que, en realidad, puede decirse no ha sido aventajada sino en ciertos pormenores históricos, mejor exclarecidos por trabajos más recientes; siendo todavia un modelo en su género, á pesar de la incoherencia que se revela en

cada en los *Estudios jurídicos y políticos* del autor de estas líneas. En cuanto á la version italiana, única que hemos tenido ocasion de ver, está hecha (ciertamente con algun descuido) por Eisner y Marenghi y dada á luz en 1856 y 57.

(1) POUHAËR, *Hist. du droit,* 1849; PASTORET, *Hist. des législations,* 1817-37; PEPERE, *Storia del Diritto,* 1870; el baron DE PORTAL, *Politique des lois civiles* (en publicacion.)

su plan, como en el de todas las obras análogas publicadas hasta hoy.

Por muerte de Bulau, es llamado Ahrens (en 1863) á la Universidad de Leipzig como profesor de ciencias políticas; vacila, y habria permanecido en Graetz, si el Gobierno austriaco hubiese accedido á restablecer la Filosofía del Derecho en el programa obligatorio de los exámenes que han de sufrir los aspirantes á cargos en la Administracion pública *(Staatsprüfungen)*; pero, denegada esta exigencia, acepta la invitacion de la ilustre Escuela y entra en el que podríamos llamar último período de su vida científica. Catorce años ha ejercido allí su profesion y un influjo de que dan irrefragable testimonio sus cursos de Lógica, Introduccion á la Filosofía, Enciclopedia de las Ciencias filosóficas, Derecho natural, Ética y Derecho político, asíduamente frecuentados por los hombres más distinguidos de Sajonia: su accion sobre el espíritu del Profesorado ha sido incalculable, logrando apartarlo de la Filosofía nihilista, cuyo progreso atajaron el saber y discrecion del celoso maestro; colabora en el importantísimo *Diccionario político* de Welcker (1), obra de los más insignes filósofos y publicistas de todas las escuelas, y cuya *Introduccion*, como puesto de honor y preferencia, se le confia; escribe la parte filosófica de la *Enciclopedia* de Holtzendorff (2), que, á pesar de la diversidad de sus opiniones científicas, no vacila en asegurarse el eminente concurso de aquel á quien la Alemania contemporánea proclama

(1) *Staats-Lexicon*, por ROTTECK y WELCKER; 1857-67; 14 vol.

(2) *Encyclopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung (Encicl. de la Ciencia del Derecho)*; 1873-75; 3 vol.

á una voz como primero entre sus filósofos del Derecho; publica la última refundicion alemana de su *Derecho natural* (1) y un notable trabajo sobre los extravíos del espíritu contemporáneo (2), su última obra, en la cual, contemplando la situacion por todo extremo anárquica que se enseñorea del pensamiento en Alemania, y los progresos que, á favor de esa anarquía, van haciendo en el mundo «el materialismo y toda clase de supersticiones científicas,» se pregunta por las causas de ese vicioso estado, igualmente visible en todos los órdenes de la vida y, despues de caracterizarlas, expone su remedio. Cuál sea éste, en su sentir, lo dá suficientemente á conocer el título de la obra, y más aún el plan de sus partes, que son tres, á saber: «1.ª, Extravios del espíritu moderno en Alemania; 2.ª, Influjo de la Filosofía en el desenvolvimiento intelectual y moral de las naciones; 3.ª, Reforma de la enseñanza, merced á un cultivo más fundamental de las ciencias concernientes á la vida intelectual y moral.» El éxito de este escrito fué tal, que el Gobierno sajon autorizó á su autor para fundar en la Universidad misma un *Seminario Filosófico*, especie de Escuela Normal para el Profesorado, y lo dotó con diez becas ó pensiones *(Stipendien)* para otros

(1) *Naturrecht oder Phil. des Rechts und Staats (Derecho natural, ó Filosofía del Derecho y del Estado).*—6.ª ed.—Viena, 1870-71.

(2) *Die Abwege in der neuern deutschen Geistentwickelung, und die nothwendige Reform des Unterrichtswesens (Los extravios del moderno desarrollo espiritual en Alemania y necesidad de reformar la enseñanza).*—Praga, 1873.—Este opúsculo (101 páginas) fué primeramente publicado por la revista *La Nueva Era (die neue Zeit)*, dirigida por el baron de Leonhardi.

tantos alumnos; inaugurándose esta institucion en 1873.

Pero debilitada su antes robustísima salud desde algun tiempo, y comprendiendo la gravedad de su estado, se trasladó á su pueblo natal, donde dió su espíritu el 2 de Agosto de 1874, á los 66 años de edad y en el apogeo de una gloria é influjo, verdaderamente considerables en todo el mundo civilizado.

Era Enrique Ahrens de mediana estatura, algo grueso, hombre agradable y de mundo, dotado de cuantos talentos, flexibilidad y atractivos exige la vida social. Aludiendo sin duda á estas cualidades, nativas en él, aunque desarrolladas y educadas especialmente durante su estancia en París y Bruselas, y poco frecuentes en sus compatriotas, solia decir de sí propio que era «un espíritu francés, extraviado en un cuerpo aleman» *(ein in einen deutsche Leib verirrte französische Geist)*. Así se comprende su constante preferencia por la propagacion y difusion del pensamiento en la más ámplia esfera posible, fin, al cual, bien puede decirse que se hallan consagrados todos sus libros, sin menoscabo de la originalidad y riqueza que en ellos muestra á veces. Hijo de esa misma propension era el proyecto de coronar su obra, publicando un tratado completo y enciclopédico de Filosofía, cuyas partes principales habrian sido la Psicología, la Lógica, la Metafísica y la Ética, incluyendo en esta última los primeros principios de la Ciencia política y social *(Staats-und Gesellschaftslehre)*.

El tiempo le ha faltado para dar cima á esta empresa, una de las más gratas y fecundas que pueden

inspirarse en el amor á la Humanidad: jamás le falte el agradecimiento de ésta y señaladamente el de pueblos, como España, en cuya cultura han penetrado, incorporándose á su espíritu y removiéndolo de secular pureza, los hermosos frutos de aquel privilegiado pensamiento.

F. GINER.

# PRÓLOGO DEL AUTOR.

Sólo por la diversidad *esencial* del punto de vista y del método, puedo hallarme autorizado para dar á luz una obra, años hace dispuesta, sobre la *Enciclopedia jurídica*, en época que ha presenciado la publicacion de tantos libros excelentes tocante al mismo asunto.

Desde la favorable acogida que en diferentes países obtuvo mi *Filosofía del Derecho*, concebí el intento de desenvolver sus principios en una aplicacion más práctica, rectificando ciertos errores hoy todavia reinantes en cuestiones dadas, y mostrando especialmente la fecundidad de aquella doctrina, al exponer sus ideas superiores y dominantes, tal como lo requiere una Enciclopedia, cuyo asunto deseaba penetrar por entero, hasta donde me fuese posible, del espíritu filosófico-jurídico. El estado actual de esta ciencia me parecia justificar semejante designio. Nadie osará desconocer el saludable influjo que la escuela histórica ha ejercido en el modo más fundamental de tratarla, y particularmente en la teoría de las fuentes del Derecho, así como en la ordenacion más real de sus problemas y en la más exacta determinacion de sus principales conceptos. Pero quedan vacíos tan capitales, que el movimiento científico moderno, aun en la esfera del Derecho romano, tiende á una elaboracion completa de la doctrina de las fuentes y aspira á más profunda investigacion del asunto y á una reforma consiguiente de los conceptos. Si se atiende además á la lucha entre romanistas y germanistas, que ha recrudecido hoy con más fuerza, y cuya raíz se halla precisamente en el modo diverso de concebir el Derecho; si por último se tiene tambièn presente lo inconexos que aparecen en la Ciencia jurídica el Derecho privado y el público, en términos de no poseer un sólo principio comun, así como la necesidad de abandonar en el segundo, donde tendria fecunda aplicacion, la teoría de las fuentes establecida en el primero, por estar hecha con exclusivismo y en parte con error, y el modo abstracto con que ambos se exponen, prescindiendo en absoluto de las más trascen-

2

dentales relaciones éticas, religiosas, morales y económicas, es fuerza convencerse de que han de ser por precision esencialmente defectuosos los primeros conceptos de una ciencia donde tal falta hay de unidad y enlace sistemático. Siendo tal su estado, he querido ensayar en la medida de mis fuerzas, desde el punto de vista de una concepcion, en mi sentir más elevada del Derecho, el dar mayor enlace á toda la Ciencia de éste y facilitar así para el fin enciclopédico su exposicion sumaria. El plan, pues, y su desarrollo habian de ser diversos.

Lo primero era sin duda exponer el *concepto del Derecho*, sin entrar en una indagacion profunda, pero mostrando sin embargo su fundamento ético, sus elementos esenciales y especialmente su relacion tan importante con la moralidad: debíase luego completar la doctrina de las *fuentes jurídicas*, estableciéndola sobre la base de la teoría iniciada, pero no desenvuelta, de las relaciones de la vida, á las cuales se han de ajustar siempre las jurídicas y que forman el verdadero fundamento objetivo del Derecho, desatendido hasta ahora á causa del subjetivo y de orígen, y que casi siempre ha sido colocado en la voluntad ó en la conciencia; correspondiendo finalmente, despues de la exposicion de los conceptos principales, proyectar una division más orgánica de la Ciencia jurídica y política.

Respecto de la *historia del Derecho*, habia, por una parte, que abrazarla como un todo en el desarrollo de los pueblos, pèro tratando dentro de ella y en atencion á las necesidades de la práctica las épocas *romana* y *germánica* más completa y claramente; y por otro lado era preciso desenvolverla en más íntima conexion que como se ha hecho hasta ahora con las relaciones éticas de la vida de cada pueblo y tiempo. La exposicion del período anterior al romano debia ser tan sólo una breve ojeada, indicando algunos puntos de apoyo para hacer resaltar la oposicion tanto entre el sentido jurídico oriental y el occidental, cuanto entre el griego y el romano. La India, no obstante, se estudia algo más extensamente porque en ella pueden señalarse con más exactitud que en ningun otro pueblo y merced al estado que alcanzan ya las investigaciones en este punto, los primeros momentos de las costumbres y del Derecho, así como sus más inmediatos progresos; y porque el parentesco de la raza con los griegos, romanos, germanos y eslavos ofrece cierta comunidad en la concepcion biológica y jurídica.

Por lo que toca á las épocas romana y germánica, me he limitado á seguir á muy autorizados escritores. En la primera, sin embargo, no me es lícito, aunque mis propias fuerzas no me hayan permitido iniciar un camino más independiente, disimular la opinion de que, en las obras propiamente consa-

gradas á la historia del Derecho, se cometen faltas muy esenciales, ya por la ligereza con que se suele pasar por los importantísimos comienzos del desarrollo jurídico, en los cuales aquel recibe complemento y en parte limitacion por las costumbres en general y por algunos de sus factores de suma trascendencia, como el derecho sacro y pontifical y la censura, por mucho tiempo tan importante; ya porque, á la par con la historia externa de las fuentes, no se trata la interna de las ideas jurídicas, ó se hace sin interés, divorciando casi enteramente el desenvolvimiento jurídico, así de las relaciones y condiciones morales que lo determinan en el fondo, como de su estado en las diversas épocas. En la sumaria exposicion que corresponde á este período, sólo he podido dar las más indispensables referencias é indicaciones. Mas es lícito esperar que las investigaciones modernas, tan interesantes para llegar á una profunda comprension de los motivos que inspiraban la vida romana, no dejarán de ejercer tambien influjo en el modo de tratar la historia propiamente jurídica.

En cuanto al modo que he tenido de tratar en esta *Enciclopedia* las doctrinas fundamentales del Derecho civil, la exposicion misma se encargará de justificarlo; creo, sin embargo, haber contribuido tambien á concertar en parte las tendencias romanistas y germanistas, procurando fundar más radicalmente en la Filosofía del Derecho los conceptos de posesion, propiedad y obligacion, sujetos todavia á tantas controversias.

Expónese tambien la doctrina del Estado en esta *Enciclopedia;* pero en vista de las relaciones ético-sociales más importantes, estimándolas, determinando los conceptos fundamentales en sus consecuencias prácticas y sistematizando orgánicamente el asunto de esta ciencia.

Así como en mi *Filosofía del Derecho,* á la cual se refiere este libro, encaminé mis esfuerzos á presentar á aquel, sin menoscabo de su propia sustantividad relativa, en íntima conexion ética con todos los diversos órdenes de bienes, concibiéndolo como la norma exterior de éstos en la trama de las relaciones mútuamente condicionadas de la vida y el comercio social, así me he propuesto facilitar con la presente obra, á los que cultivan habitualmente el Derecho, el acceso á una idea superior, contribuyendo por tanto y en la medida en que es posible hacerlo mediante el Derecho, á extender y difundir un sentido moral de la vida, que es lo primero que falta á nuestro siglo.

Gratz, 6 de Mayo de 1855.

E. Ahrens.

# INTRODUCCION.

## CONCEPTO, FIN Y DIVISION DE LA ENCICLOPEDIA JURÍDICA.

Llámase en general *Enciclopedia* al bosquejo del todo de una ciencia (1), ordenado en vista de su objeto. Es general ó universal, cuando abraza su asunto todo el saber humano; y especial ó particular, cuando se limita á una esfera de éste: pudiendo tambien, en vista de su diverso fin, ya comprender la exposicion completa de todo el contenido del saber ó de una ciencia, ya ceñirse á un prospecto y sumario de su asunto: y en ambos respectos ser todavia, ora meramente formal, ora material, segun que ofrezca sólo el enlace exterior de sus distintas partes, ó que muestre además la composicion interna de éstas, desenvolviendo cuando ménos sus principales doctrinas.

La presente *Enciclopedia jurídica*, como ciencia propedéutica, debe ser un ordenado resúmen de las ciencias jurídica y política, é indicar, mediante los más elevados principios del Derecho, así el enlace entre sus diversas ramas, como los teoremas esenciales de sus más importantes tratados.

El objeto de una Enciclopedia, concebida como introduccion al estudio de una ciencia, y por tanto el de la *Enciclopedia* presente es, en general, orientar al espíritu al comienzo,

(1) El ἐγκυκλιος παιδεια (*a*) de los griegos denotaba la instruccion de cultura general en las ciencias y las artes, digna de un griego libre. Los romanos llamaban á este conjunto *orbis doctrinarum* (QUINTILIANO, *Inst. Orat.* I, 10). Los nombres de *Cyclopaedia* y *Encyclopaedia*, nacidos en el siglo XVI, han recibido la diversa acepcion indicada en el texto.

(*a*) Sobre el valor de estas palabras, véase á Wolf, *Encicl. de Arqueologia (Encycl. der Alterthumswissenschaft*, t. I. *(N. T.)*

digámoslo así, de su obra, por medio de puntos de vista que lo guien, desenvolviendo las ideas capitales y manifestándole el vínculo orgánico de todas las partes de aquella, dándole á conocer su extension y las exigencias que para su ordenada conducta de aquí nacen; é inspirándole al par la confianza de que esta conveniente division del trabajo lo hará caminar rápidamente en el progreso de su conocimiento. Mientras que privado el pensamiento de ideas fundamentales filosóficas y enciclopédicas, tiene que dejarse arrastrar mecánicamente de una materia á otra, acompañado siempre de un sentimiento de insuficiencia, semejante ojeada preliminar á su asunto no puede ménos de darle facilidad y desembarazo con respecto á toda su ciencia, así como una libertad para la eleccion de materia, que sólo puede apoyarse en el conocimiento, y que despertando hasta donde es posible su inclinacion á una ú otra esfera capital, le ayuda á decidir de su especial vocacion.

En más elevado respecto, una Enciclopedia que refleje verdaderamente el organismo de su ciencia, contribuye por necesidad al superior fin moral de enseñar á concebir la misma vida humana como un todo, cuyos factores se enlazan entre sí íntimamente, previniendo ese abstracto y exterior divorcio del pensar y el obrar, que rompe su esencial comunion.

Mas la Enciclopedia jurídica únicamente puede cumplir su mision en este sentido cuando descansa en un principio unitario y orgánico que determina en todas sus partes las ideas directoras y sus relaciones. Una Enciclopedia de esta clase no puede desenvolverse aislada de la Filosofía del Derecho y sin la base que ésta le suministra. Así se explica que la Enciclopedia jurídica como ciencia haya nacido sólo á favor del renacimiento de las ciencias filosóficas del Derecho y del Estado y en especial despues de la escuela de Leibnitz y Wolf, reformándose y siguiendo paralelamente el desarrollo de la Filosofía del Derecho en sus diversas direcciones (1). Así tambien, merced al desenvolvimiento filosófi-

(1) Friedländer en su *Enciclopedia jurídica* (*Juristische Encyclopädie*, 1847, págs. 9-42) dá una excelente exposicion de la historia de la Enciclopedia jurídica.

co moderno, la abstracta y formalista Filosofía del Derecho de Kant; la «filosofía de la identidad ó de la Naturaleza» de Schelling, que ha hecho valer el principio del organismo (1) en todas las ciencias; la dialéctica de Hegel, persiguiendo el desarrollo del espíritu en la historia universal; la escuela histórica, que ha concebido el Derecho en la evolucion y en las costumbres de los pueblos, todas, sin excepcion alguna, han producido Enciclopedias (2)

(1) No hay duda de que Schelling ha fecundado con viva y genial intuicion todas las esferas capitales de la Ciencia; pero su intento de concebir el Derecho y su órden como un órden de necesidad *física*, no *ética*, á saber, como aquel mecanismo natural segun el cual pueden pensarse séres libres en recíproca accion (*Sistema del idealismo trascendental*, parte 4.ª; *Lecciones sobre el método en los estudios académicos*, l. 10), justifica lo que el mismo Ahrens dice en la nota siguiente: que "no podia establecer base alguna para una elaboracion verdaderamente orgánica de este objeto."—(*N. T.*)

(2) El concepto de la Enciclopedia en general, si no el nombre, era ya conocido en la Edad media, que bajo las denominaciones de *summa*, *speculum*, etc., produjo importantes obras en toda la teología especulativa, y aún nos ha dejado en el *Speculum juris* de GUILLERMO DURANTIS (siglo XIII) un verdadero espejo de todo el Derecho civil y canónico á la sazon vigente. La restauracion de la Filosofía por BACON († 1626) y DESCARTES († 1650) produjo ante todo en los siglos XVI y XVII el renacimiento de la Ciencia filosófica del Derecho, la cual bien pronto trajo consigo una refundicion más científica de la Enciclopedia jurídica. Los hombres más notables de aquel tiempo en lo que toca al progreso de la Filosofía del Derecho, PUFFENDORF, LEIBNITZ, THOMASIO, abrieron tambien el camino á una constitucion más racional de esta ciencia: el primero, por sus *Elementa jurisprudentiae universalis*; el segundo, que ya habia concebido un código general para Alemania, por su *Nova methodus discendae docendaeque jurisprudentiae ex artis didacticae principiis* (1668), que indica una direccion filosófica más comprensiva; y el último, que durante cuatro semestres expuso una Enciclopedia universal, por su bosquejo sumario (*summarischen Entwurf*) de las teorías fundamentales necesarias á un *studioso juris* (1669).

Cuando WOLF, sobre la base de la doctrina filosófica de LEIBNITZ, reconstruyó tambien la Filosofía del Derecho, intentó NETTELBLADT, abundando en su espíritu, refundir la Enciclopedia jurídica (más bien bajo una unidad lógico-formal que interna) por medio de varios

cuyo valor científico no puede ménos de depender del de

trabajos y especialmente por su *Systema elementare universae jurisprudentiae* etc. 1749, 2.ª ed. 1762) y su libro *sobre toda la jurisprudencia natural y la positiva y comun vigente en Alemania* (*von dem ganzen Umfang der natürlichen und der in Deutschland üblichen positiven gemeinen Rechtsgelehrsamkeit*, 1772). En esta época nacieron otras varias obras. Señalóse especialmente PÜTTER por una luminosa, pero sucinta exposicion, más bien dirigida á la esfera positiva en su *Plan de una Enciclopedia jurídica* (*Entwurf einer juristischen Encyclopädie*, Gotinga, 1757), y todavia más en su *Nuevo ensayo de una Enciclopedia y metodología jurídicas* (*neuer Versuch einer juristischen Encyclopädie und Methodologie*, ibid. 1777). Otras notables obras de aquel tiempo son: MEISTER, *Sobre el estudio jurídico* (*über das juristische Studium*, Berlin, 1780); BRUNQUELL, *Isagoge in univ. jurispr.*, 1774; SCHOTT, *Plan de una Enciclopedia y metodología jurídicas* (*Entwurf einer jurist. Encycl. und Metod.*, 1771, 6.ª ed. de KEES, 1794) y REITEMEIER, *Encicl. é Hist. del Derecho en Alemania* (*Encycl. und Gesch. des Rechtes in Deutschland*, 1785.)

Una nueva época comienza tambien para la Enciclopedia del Derecho con la difusion de la filosofía de KANT. El espíritu crítico que ésta excitó en todas las ciencias se manifestó igualmente en el discernimiento y en la ordenacion de la del Derecho; aunque su principio jurídico, meramente formal, sólo condujo las más veces á divisiones exteriores puramente formales tambien, en las Enciclopedias. Bajo el influjo de esta filosofía, escribieron: TAFINGER, *Encicl. é Hist. del Derecho en Alemania* (*Encycl. und Gesch. der R. in Deutschland*, 1789, 2.ª ed. 1800); EISENHART, *La Ciencia del Derecho en su extension, en sus diversas partes y en sus ciencias auxiliares* (*die Rechtsw. nach ihrem Umfange, ihren einzelnen Theilen und Hülfsw.* 1795, 2.ª ed. 1804); ZACHARIÄ, *Rudimentos de una Encicl. juríd. científica* (*Grundlinien einer wissensch. jur. Encycl.*, 1795); HUFELAND, *Instituciones completas del Derecho positivo ó Encicl. sistemática* (*Institutionen des gesam. pos. R. oder system. Encycl.* 1798, 2.ª ed. 1803); THIBAUT, *Encicl. y metod. juríd.* (*jurist. Encycl. und Method.*, 1797).—El espíritu formalmente lógico de la filosofía kantiana se entrelaza de una manera original con un profundo estudio *histórico* del Derecho y especialmente del romano, en el *Tratado de Encicl. juríd.* (*Lehrbuch der jurist. Encycl.*, 1792, 8.ª ed., 1835) de HUGO, libro que con razon ha gozado de gran crédito.—La filosofía de SCHELLING produjo los primeros ensayos para abrazar toda la ciencia jurídica como un *organismo*; pero su concepcion del Derecho y del Estado, de todo punto insuficiente, no podia establecer base alguna para una

la direccion en que predominantemente se inspiran sus

---

elaboracion verdaderamente orgánica de este objeto. La *Introduccion á todo el Derecho positivo desde el punto de vista de la Ciencia* (*Einleitung in das ges. pos. R., aus dem Standpuncte der Wiss.*, 4 vol., 1804) de Hummel halló por esto muy escasa acogida. Mayor crédito obtuvo la breve y discreta *Encicl. y metod. de la Ciencia del Derecho* (*Encycl. und Metod. des Rechtsw.*; 1812) de Ignacio Rudhart, al cual Friedländer erróneamente hace discípulo de las ideas fichtianas.—Bajo el influjo de la filosofía de Hegel, escribieron: Abegg, *Encicl. y met. de la Ciencia del Derecho en bosquejo* (*Encycl. und Metod. der Rechtsw. im Grundrisse*, 1823), y especialmente K. Th. Pütter, en su *Suma de la Ciencia del Derecho ó Encicl. y met. jurid.* (*der Inbegriff der Rectsw. oder jurist. Encycl. und Metod.*, 1846), obra ésta que se distingue por el intento de abrazar el Derecho en su desenvolvimiento histórico universal; pero muy imperfecta por la falta de toda division y ordenacion filosófico-jurídica de esta ciencia, y de toda exposicion siquiera de las ideas fundamentales en las principales materias.—La escuela histórica, que ha enriquecido la Ciencia del Derecho, merced á una concepcion más exacta del orígen y progresos de éste, condujo tambien á otro modo de tratar la Enciclopedia; pero careciendo en realidad de principios filosóficos, sin los cuales no puede existir Enciclopedia alguna científica, sus autores tomaron, más ó ménos prestadas con algunas modificaciones, las anteriores doctrinas filosófico-jurídicas de Kant y de Fichte, ó las contemporáneas de Hegel y Stahl, aunque sin comprender la interior conexion de los conceptos. A esta série pertenecen la *Encicl. juríd.* (*jurist. Encycl.*, 4.ª ed., 1839, nueva ed. por Ihering, 1853) de Falk, que es la más extendida despues de la de Hugo; la *Encicl. como introduccion al curso de Instituciones* (*Encycl. als Einleitung zu Institutionen—Vorlesungen*, 1825) de Puchta, nuevamente refundida en su *Curso de Instituciones* (*Cursus der Institutionen*, t. I, lib. I, 1841, última ed., 1843); la *Encicl. de los Derechos vigentes en Alemania* (*Encycl. der in Deutschland geltende Rechte*, 1847-1854) de F. Blume, que si bien en la parte general es muy insuficiente, se distingue en la segunda y muy extensa seccion por contener una jurisprudencia *comparada*.

Bajo más propia concepcion han escrito en el extranjero donde el punto de vista enciclopédico penetró despues: Anne den Tex, *Encyclopaedia jurisprudentiae*, Amsterdam, 1835; A. Roussel, *Encyclopédie du droit*, Bruselas, 1843; Eschbach, *Cours d'introduction général àl'étu de du droit ou Manuel d'Enc. juridique*, 2.ª ed. 1845, París. Entre las obras alemanas, merecen todavia mencionarse: Welcker,

autores (1).

Pero si es cierto que sólo una Filosofía del Derecho apoyada en la Ética, como ciencia de todas las relaciones esenciales de la vida del hombre y de la sociedad humana, puede responder á las necesidades cada vez más claramente reconocidas de nuestro tiempo, la Enciclopedia jurídica tiene á su vez que seguir esta superior tendencia, mostrando cómo el Derecho en sí y en sus rasgos capitales se enlaza íntimamente con todos los fines fundamentales de la vida. Ahora

---

*Encicl. y met. universal y jurídico-política* (*die universal und die juristisch-politisch. Enc. und Metod.*, t. I, 1829), de la cual sólo ha aparecido un volúmen, cuyo contenido forma tambien parte de la introduccion al *Diccionario político* (*Staatslexicon*) publicado por él y por Rotteck; Perthaler, *Derecho é Historia: introduccion enciclopédica al estudio de las Ciencias jurídico-políticas* (*Recht und Geschichte: zur encyclopädischen Einleitung in das Studium der juridisch-politischen Wissenschaften*, Viena, 1843); Friedlaender, *Enc. jur.* (*jur. Enc.*, 1847); L. Arndt, *Enc. y met. jur.* (*jur. Enc. und Metod.*, 2.ª ed. 1850), demasiado breve, pero que se distingue por la claridad de sus definiciones; A. Vieroszil, *Encicl. y met. del estudio jurídico-político* (*Enc. und Metod. der juristisch-politischen Studiums*, Buda, 1852), libro notable por la proporcion en el modo de tratar todas sus partes, y que debe recomendarse tambien para el conocimiento bibliográfico de la Ciencia jurídica en Austria. La última y más importante obra es la *Enc. jur. ó exposicion orgánica de la Ciencia del Derecho* (*jur. Enc. oder organische Darstellung der Rechtsw.*, 1853) de Warnkönig, que sobresale por lo comprensivo de la consideracion histórica y la riqueza de la literatura; pero en la cual sin embargo los principios filosóficos á que el autor con razon dá importancia, ocupan un lugar demasiado exterior, sin servir de criterio ni guia á las principales materias.

(1) Creemos conveniente indicar á continuacion algunas otras Enciclopedias jurídicas que, bien por ser posteriores á la de Ahrens, bien por otras causas, no figuran en la enumeracion crítica de la nota precedente.

En el siglo XVI, y bajo el influjo de las ideas que alcanzaron fórmula y representacion eminente en Grocio, parece (segun Valerio Andrés, citado por Roussel, 2.ª ed., pág. 405 de la obra citada) que el jurisconsulto Vivien dedicó una Enciclopedia jurídica "al Secretario Vargas" (probablemente el famoso embajador de Felipe II en Roma), escribiendo además su *Synopsim juris utriusque*. El gérmen sembrado

bien; en la doctrina filosófica de Krause hallamos la más perfecta base ética hasta hoy para la Ciencia del Derecho, del Estado y la Sociedad: por donde he debido aquí tomar como norma en esta sumaria exposicion de toda la Ciencia del Derecho esa doctrina; dando á la vez prueba de que su espíritu verdaderamente filosófico-jurídico, si por una parte mantiene con rigor muy superiores exigencias para el progreso de la justicia y la moralidad, por otra sabe esti-

---

por Durantis († 1296) debia fructificar tambien en Gregorio de Tolosa († 1597), autor del *Syntagma juris universi.*

Permítasenos añadir, viniendo ya á tiempos ulteriores, las siguientes indicaciones.

Hunnius: *Encyclopædia juris universi*; 1683 (obra póstuma.)

Geldemeister: *Enc. y Metodologia jurídicas* (*jur. Enc. und Meth.*); 1783.

Dabelow: *Enc. y Met. del Der. comun pos. de los alemanes* (*Enc. u. Meth. des gem. pos. R. der Deutschen*); 1796.

Mayer: *Præcognita generalia Jurisprudentiæ*; 1786.

Kohlschütter: *Propedéutica, Enc. y Mét. de la ciencia del Derecho posit.* (*Prop., Enc. u. Meth. der pos. R.-W.*); 1797.

Por último, en este siglo han publicado tambien Enciclopedias de Derecho Eisenhardt (1804), Wilson ¿anglo-americano? (1804), Konopak (1806), Muhlenbruch (1807), Grundler (1808), Schnaubert (1809), Wenck (1810), Unterholzner (1812), Hess (1813), Kammerer (1816), Wening (1821), Gaupp (1823), Schmalz, (1827), Zambelli (1828), Vogel (1829), Loew (1835), Bart (1835), Albini (1839 y 1856), Stöckhardt (1844), Holderup (1849), Buniva (1859), Goldschmidt (1861), Ortloff (1863), Sangiorgi (1870), Pepere (1870), Filomusi (1873) y Holtzendorff (1873-75).

En algun modo, pueden considerarse tambien como Enciclopedias los cursos de *Introduccion al estudio del Derecho*, publicados en Francia despues de la fundacion de esta enseñanza en 1840 por M. Cousin, ejemplo seguido por España en 1842, al establecer la cátedra de *Prolegómenos*, y en 1862 por Italia. Ahrens ha incluido ya en su nota á alguno de estos libros, y especialmente al de Eschbach, cuya 3.ª edicion es de 1856, y comprende, además de la indicacion de las diversas ramas de la Ciencia jurídica y de sus principales auxiliares, unos elementos de Derecho internacional, unas *institutiones litterariae* de Derecho antiguo y moderno y un resúmen de las principales legislaciones anteriores á la romana. Más ó ménos directamente, pueden incluirse tambien entre estos libros, á pesar de lo diverso de sus títulos,

mar la vida real cumplidamente y la legitimidad que recibe de la historia y de las costumbres actuales, concebir las instituciones existentes en su naturaleza interna, é indicar, por último, al enlazar ambos elementos, filosófico é histórico, el recto camino para un prudente progreso.

En los tiempos modernos, graves aberraciones filosóficas y el carácter abstracto y formalista de la Filosofía del Dere-

---

los de Lassaulx, *Introd. à l'étude du Code Napoléon* (1812), Fritot, *Science du publiciste* (1818), Rey, *Préliminaires de Droit* (1819), Lépage, *Éléments de la science du Droit* (1820), Lerminier, (1829) y *Philos. du Droit* (1831), Belîme, *Phil. du Droit, ou cours d'introduction à l'étude du Droit* (1843-45), Pradier-Fodéré, *Principes génér. du Droit* (1869), y por último, Tissot, *Introd. historique à l'étude du Droit consideré dans les faits, ou dans les moeurs, les usages, les institutions et les lois* (1875), así como *Introd. phil. à l'étude du Droit*. Los más de estos libros son muy insuficientes en el estado actual de los conocimientos.

En España, desde la creacion ya mencionada de la enseñanza de los *Prolegómenos*, se han publicado varios tratados, principalmente por los Sres. Gomez de Laserna, Alvarez (D. Cirilo), Serrano (D. Nicolás M.), Fernandez Elías, Crehuet y Miralles, incluso un breve tratado por uno de los traductores de este libro, en colaboracion con D. Alfredo Calderon. Tambien deben notarse particularmente el del malogrado escritor Sr. Alonso y Eguilaz (*El Derecho natural: exposicion de los principios universales del Derecho con aplicacion especial á los séres humanos*; 1870) y los de los Sres. Orti y Lara (*Introduccion al estudio del Derecho y principios del Der. nat.*; 1874) y Pisa Pajares (*Prolegómenos del Der.*; 1876).

No podria olvidarse, sin incurrir en nota de desagradecimiento, que el verdadero impulso inicial de esta literatura se debió entre nosotros á D. Ruperto Navarro Zamorano y D. José Alvaro de Zafra, el primero de los cuales publicó en 1841 una traduccion española de la 1.ª edicion del *Derecho natural*, de Ahrens, que abrió grande horizonte á nuestros hombres pensadores y científicos, y en 1845, en union con el segundo, otra de la *Enciclopedia*, de Falck (vertida al francés por Pellat en 1841) con el título de *Prolegómenos del Der., ó Enciclopedia jurídica*..... "por N. Falck..... traducida al castellano y acomodada al estudio del Der. en España por....." En esta refundicion, los traductores suprimieron las notas bibliográficas y sustituyeron la historia de las fuentes de nuestro Der. civil y canónico á la exposicion de las del civil y canónico alemanes.—(*N. T.*)

cho han engendrado una desconfianza en estas ciencias fácil de concebir, y el propósito de buscar muchas veces el remedio, no en la rectificacion del error mediante una más profunda indagacion de la verdad, sino en el apartamiento de toda Filosofía y en el mero estudio de lo histórico y positivo. Mas como quiera que ésto, *por sí sólo,* jamás satisfará á espíritus de aspiraciones elevadas, antes bien, la juventud, filosóficamente abandonada á sí misma, toma entonces con la mayor facilidad otro mal camino, desviándose de todo lo positivo y considerando como únicamente racionales las teorías superficiales y abstractas, nace de aquí la superior exigencia de asignar la exacta relacion de la Filosofía con la Historia y la realidad efectiva en la vida jurídica y política, y de despertar en los ánimos, junto con el reconocimiento del bien alcanzado por la investigacion filosófica, el de aquellos que la historia produce y conserva como costumbre y ley. Por esto, en una ciencia que como la del Derecho y el Estado penetra tan hondamente en la vida, se necesita tanto más comenzar el estudio por una exposicion que muestre cómo el órden jurídico no es una organizacion artificial de la arbitrariedad de los hombres, sino que está inherentemente unido por Dios á las relaciones mismas de la vida, en la cual aparece en íntima conjuncion con todos los demás órdenes éticos y especialmente el moral: con que se gana la conviccion de que no es de una manera puramente lógico-formal como ha de concebirse cada institucion jurídica, sino mediante el conocimiento y viva intuicion de todas las esferas á que se refiere.

A la *vida* es, sin duda, á lo que debe atender una ciencia ética del Derecho; pero á la vida, en la unidad y totalidad de sus relaciones, estimando todas sus fuerzas fundamentales artísticas y sus factores ideales y reales: como un órden, cuyas leyes Dios funda y deben ser conocidas por la razon y cumplidas con libertad jurídico-moral. Y no es tampoco fijándose en un particular derecho positivo, anterior ó actual, como llega el espíritu á dar con la realidad y habituarse á una contemplacion viva de las cosas y las circunstancias, sino al contrario: aprendiendo á hacerse antes presente el enlace total orgánico que une al Derecho con las demás es-

feras, la moral, la religiosa y la material y económica. Con lo cual, únicamente, se alimenta y satisface la superior aspiracion ingénita en el alma del hombre á la unidad é integridad, y se despierta el amor hácia una ciencia, que aunque especial de por sí, se ofrece sin embargo en suprema conexion con la vida toda.

Dá tambien la consideracion de esta union íntima del Derecho de un pueblo con sus diversos órdenes religioso, moral y económico, circunspeccion y sensatez, prudencia y sabiduría verdadera: pues hace ver todos los estrechos lazos que entre sí mantienen las instituciones de la vida; mediante lo cual, á cada esencial trasformacion en una de ellas, se ocasiona mudanza en todas, siempre referible á la variacion parcial antecedente. Si, por tanto, se ha de combatir con éxito el sentido mecánico, todavia dominante en la Ciencia y la vida, con que el espíritu contempla las cosas sólo exterior y disgregadamente; si se han de fortalecer en el corazon los gérmenes morales, y encaminar las tendencias á mayor perfeccion y á estimar las condiciones omnilaterales dadas en las relaciones de la vida, fuerza es, para conseguirlo en la esfera de la Ciencia jurídica y política, acudir á una Filosofía del Derecho que refleje el organismo ético de la realidad, y en modo más sumario á una Enciclopedia, que, arrancando de las doctrinas fundamentales de aquella, muestre la trascendencia que tienen en las principales materias y cuestiones.

Tal es el objeto de la presente obra, cuyas partes constitutivas, objeto ulterior de libros especiales, son las que siguen.

Contiene el libro primero la exposicion de las doctrinas fundamentales sobre el *Derecho* y el *Estado*, no como meros postulados de la Filosofía jurídica, sino con propio desarrollo, si bien por método preferentemente analítico, apoyado en la conciencia comun. Fíjanse con atencion especial aquellos puntos que tienen importancia señalada para la vida y la concepcion exacta del Derecho positivo: á esta clase pertenecen la deduccion y concepto ético del Derecho, su relacion al bien y bienes de la vida y á todos los elementos de ésta, la indicacion del fin ético-orgánico del Estado y la division sis-

temática de toda la Ciencia jurídica y política. Esta exposicion no ha de limitarse á inscribir al frente como con cierta ostentacion algunos principios filosóficos, que despues, segun acontece en las más de las Enciclopedias, absolutamente ninguna conexion interna guardan con el Derecho positivo; sino que habrá de extender su aplicacion práctica á todos los problemas principales.

El libro segundo comprende la *Historia del Derecho* de aquellos pueblos, cuya legislacion tiene para nosotros mayor importancia práctica, á saber: el romano y el germánico. A la historia especial del Derecho, precederá una ojeada general filosófica sobre su desarrollo, á través de las principales épocas de la historia universal: para probar con ella en el terreno de los hechos, por una parte, que el Derecho y el Estado se han formado y progresado siempre bajo el influjo de ciertas ideas, religiosas y morales, que abrazan la vida humana en su total unidad; por otra, que jamás han tenido aquellos principios ese singular poder creador que les han atribuido los que esperan la salvacion sólo del mejoramiento que alcance este órden; y que por consiguiente, tambien determina en nuestra época un verdadero influjo bienhechor el íntimo enlace del Derecho con las supremas ideas humanas. Tocante á la historia del Derecho, propiamente dicha, se tratarán principalmente la del romano y el germánico. En lo cual no se desconoce de modo alguno la importancia del desarrollo jurídico de los otros pueblos cultos, y en especial de los Indos, Chinos, Persas, Egipcios, Hebreos y Griegos; sino que se desiste de hacerla tan sólo por faltar casi aún completamente los trabajos peculiares sobre que habria de apoyarse la ojeada general. Aquellas otras se exponen, sobre todo, atendiendo á su desenvolvimiento interno, comparándolas luego é indicando el valor práctico de cada uno de ambos sistemas jurídicos.

Abraza el tercer libro una exposicion sucinta de las principales doctrinas del *Derecho positivo privado*. Pero como el concepto de lo llamado «positivo» tiene un carácter grande de relatividad, y no sólo varía bajo el influjo prepotente de las legislaciones modernas, sino que, aún en el dominio del derecho comun y hasta en una gran parte de Alemania, es muy

oscilante, por cuanto no se halla hoy todavia bien precisada científica ni prácticamente con seguridad la relacion del derecho romano con el germánico, resulta que no es dable tomar en esta materia á ningun derecho positivo especial como punto de partida. El concepto, por lo tanto, de cada institucion jurídica se ha de exponer, procediendo ante todo de la naturaleza de su objeto, es decir, de la esencia de aquellas relaciones de la vida que constituyen su fundamento; enlazándolo luego con los sentidos frecuentemente contrarios del derecho romano y el germánico, y refiriéndolo tambien á los Códigos modernos. Con lo cual, quedan delineados los *primeros rasgos* de una *Jurisprudencia comparada*, cuya elaboracion y exposicion más completas serian de mucho mayor fruto para la educacion de la juventud en el conocimiento del Derecho y la vida, que el atenerse constantemente al estudio aislado, ya de uno, ya de otro derecho positivo.

Forman el libro *cuarto* las doctrinas capitales del *Derecho político* é *internacional*. En la doctrina del Estado, se atenderá especialmente á señalar el lado ético de todas las principales cuestiones, sobradamente desatendido siempre hasta hoy; precisando más determinadamente, así la relacion del Estado á la sociedad y á todas sus esferas de cultura, como tambien la teoría de la Administracion en sus particulares esferas. En la ojeada al Derecho internacional, haremos resaltar las cuestiones de especial interés práctico.

El asunto del libro quinto es la exposicion sumaria de la *Metodología*, esto es, de una guia científica para el estudio adecuado y fecundo del Derecho (1).

---

(1) No dejará de notar el lector lo insistemático de este plan. Segun la idea de la Enciclopedia jurídica que Ahrens sostiene en sus libros, y señaladamente en su célebre curso de *Derecho natural*, las partes constitutivas de aquella debieran ser: *a)* la Filosofía del Derecho, *b)* la Historia general jurídica, y *c)* la Política, como ciencia compuesta sobre los datos de las dos anteriores. Segun el organismo racional de aquella esfera del conocimiento (determinado por principios que no cabe exponer aquí, pero que nacen de la division de todo el sistema científico), la tercera parte deberia abrazar la Ciencia filosófico-histórica del Derecho, en sus dos capitales problemas, á saber: 1.º,

# LIBRO PRIMERO.

## PRINCIPIOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO.

### CAPÍTULO PRIMERO.

#### FUNDAMENTACION DE LA IDEA DEL DERECHO.

**§. 1.—Preliminar.**

La vida de la Humanidad se muestra penetrada en todas partes y tiempos de la creencia, hondamente arraigada en el espíritu, en un Sér Supremo, en el bien y la moral, la verdad, el Derecho y la justicia. Enlázanse estas ideas tan íntimamente, que la duda en una de ellas arrastra consigo la duda respecto de las demás, y ninguna puede ser comprendida recta é íntegramente sin las otras. De aquí, la errada

la crítica del Derecho positivo segun el natural y 2.°, la determinacion del ideal que, en vista del resultado de esta crítica, debe realizarse en continuidad con el momento presente. El carácter híbrido de algunas partes de la obra, por ejemplo, del lib. IV (en el cual hay ciertamente muy bellas cosas), hace resaltar más aún en el contenido la incongruencia del plan.

No parece falto de interés comparar el de la presente Enciclopedia con los de aquellas que mayor autoridad han alcanzado entre las publicadas despues de la de Ahrens, que son: la de PEPERE (*Enciclopedia orgánica del Diritto*—2.ª ed. 1870) y la de HOLTZENDORFF (*Enc. de la Ciencia jurídica sistemáticamente refundida—Encycl. der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung*). Ambas están inspiradas en el espíritu de Hegel.

La primera comprende nueve libros, consagrados respectivamente

concepcion y parcial desarrollo de las relaciones jurídicas de la vida, á que ha llevado siempre el disgregar la idea del Derecho de las del bien y la moralidad. Pues todas ellas, exigiéndose y completándose mútuamente, parecen revelar un orígen comun. Refiriéndose á lo superior y supremo del conocimiento y vida del hombre, convienen todas en no po-

---

el 1.°, á la *Doctrina general* ó filosófica; el 2.°, al Derecho *privado*; el 3.°, al Derecho *privado-social de la familia*; el 4.°, al *eclesiástico*; el 5.°, al *público*; el 6.°, al *administrativo*; el 7.°, al *penal*; el 8.°, al *judicial* ó procesal; el 9.°, al *internacional*.

La Enciclopedia de Holtzendorff, á que han cooperado muchos distinguidos jurisconsultos alemanes, consta de dos partes. La primera (parte *sistemática*) se subdivide en otras cuatro: una (*Introduccion filosófica*), en la cual expone por cierto el mismo Ahrens los primeros principios del Derecho; otra, destinada á las *bases históricas y fuentes del desarrollo jurídico aleman*, en la cual han colaborado Bruns, para la historia y fuentes del Derecho *romano*; Hinschius, para el *canónico*; Brunner, para el *germánico*, así como para el *francés, inglés* y *normando*; Maurer, para el de *Noruega, Islandia, Suecia* y *Dinamarca*; Behrend, para los *códigos civiles modernos*. En la 3.ª division (Derecho *privado* ó civil) han tomado parte: Bruns, Derecho *romano actual*; Behrend, *general privado*; Endemann, *mercantil, marítimo* y de *cambio*; Rivier (prof. en Bruselas), *civil francés*. La 4.ª division comprende el Derecho *público*, á saber: el *procedimiento civil*, por Bar; el Derecho *eclesiástico*, por Hinschius; el *penal*, por Geyer; el *procedimiento criminal*, por John; el Derecho *constitucional* aleman, por Holtzendorff mismo; el *administrativo*, por Meier; el *internacional europeo*, tambien por Holtzendorff. Concluye esta parte con un apéndice sobre los diversos *sistemas de Derecho privado vigentes* en Alemania: breve resúmen debido á Piper (Mecklemburgo), Dedekind (Brunswick), Crome (Lübeck), Martin (Hamburgo), Post (Brema), Baron de Beaulieu-Marconnay (Oldenburgo), Cäsar (Lippe-Detmold, Schaumburgo-Lippe y Waldeck), Burckhard (Turingia y Anhalt), Buff (Hesse riniana), Schlayer (Würtemberg), Berold (Baviera) y Kräwel, Heydemann, Schütze, Bartels, Endemann, Herz y Oven para las distintas provincias de Prusia.

Mucho más numeroso es el personal que ha colaborado en la segunda parte de este libro, la cual consta de dos tomos y constituye una Enciclopedia en forma de diccionario (*Rechtslexicon*), por cuya razon no cabe ampliar más estas indicaciones.—(*N. T.*)

der ser deducidas de la *experiencia*, siempre incompleta y por la cual no se llega á conocer sino lo finito y limitado, lo mudable y pasajero. Su fuente primordial de conocimiento ha de estar, por tanto, en la intimidad del hombre, en la *conciencia*, donde se reflejan todas sus potencias interiores, actividades y estados. La indagacion de la conciencia ha de ser, pues, el punto de partida para el conocimiento de esas ideas y de la del Derecho entre ellas.

La idea del Derecho y de la justicia difiere de las otras ideas supremas de la vida por su más inmediato carácter práctico: pues no cabe pensar convivencia de hombres medianamente ordenada sin la determinacion jurídica de sus relaciones esenciales (1). Lo cual, si facilita la investigacion

---

(1) La distincion usual entre ideas teóricas y prácticas, en que se funda despues otra clasificacion correspondiente de las ciencias, no es razonable: porque los principios más radicales, por decirlo así, y que aparecen ante la contemplacion vulgar como más abstrusos y lejanos de la realidad y de la vida, son precisamente los más fecundos, como que fundan y contienen á todos los demás con su infinita variedad de aplicaciones. Ejemplo de ello nos dá la íntima conexion con que el modo de concebir á Dios trasciende y penetra por toda la vida de un pueblo, ó la que guardan los más primordiales teoremas del cálculo infinitesimal ó la mecánica con las últimas funciones del ingeniero ó el arquitecto. Esta insoluble division procede de la Metafísica y la Teología usuales en las escuelas (al distinguir entre las llamadas propiedades "metafísicas ú ontológicas" de Dios y sus propiedades "morales"), así como de la Lógica tradicional, cuya más alta fórmula, en *realidad* y á pesar de su contraria aspiracion, ha venido á resumir de insigne manera Hegel, al mantener el vicioso y abstracto dualismo entre la extension y la comprension de los conceptos, proclamando así el concepto *sér* como el absolutamente pobre en cualidad ("el sér y la nada son lo mismo"), precisamente por ser el primero en cantidad y extension. Esta doctrina, que escinde la realidad y niega implícita ó explícitamente la *unidad* (no la mera *conformidad*) del pensamiento y la vida, habia hallado sin duda en Kant poderoso auxilio, al separar (aunque ménos radicalmente de lo que muchos creen) la razon "pura" y la "práctica," no obstante el noble afan con que combate el que llama "lugar comun" de que "una cosa puede ser verdadera en

del concepto del Derecho, aumenta el peligro de confundir dicho concepto, encaminado siempre al progreso y plenitud de la vida, con nociones jurídicas positivas é históricas, abstraidas de las instituciones existentes. Hay que evitar por tanto este descamino; pero es errado tambien el procedimiento opuesto, en el cual se construye puramente *a priori* la idea del Derecho, sin mostrarla legitimada en la historia y en la vida real (1). Si puede justificarse tal procedimiento en otras

---

*teoría* y no en la *práctica*" (*Fragmentos de Derecho natural*): lugar comun que no es sin embargo más que una aplicacion inadvertida y al uso vulgar de aquella dualidad que caracteriza á todo el criticismo en sus múltiples direcciones, desde Kant hasta Spencer.

Aunque prescindiéramos de lo que poco despues dice Ahrens, al pretender distinguir entre "puros conceptos de razon" y otros que se refieren á la práctica, la expresion de que aquí se sirve ("su más inmediato carácter práctico"—*ihren mehr unmittelbaren praktischen Charakter*) parece indicar en cierto modo, si no esta dualidad insoluble, á lo ménos una distincion semejante, señalando ideas "más inmediatamente prácticas" que otras. Pero, si esta calificacion pudiera mantenerse, precisamente seria aplicable á las ideas más primarias y superiores: pues, contra lo que suele pensarse cuando, segun el dicho de Bacon "vemos sólo los árboles y no el bosque", mientras más ascendemos en lo que pudiéramos llamar la jerarquía de las ideas, tanta mayor riqueza y valor práctico hallamos: como hay más agua en alta mar que en la orilla.—Además de esto, si por "carácter más práctico" entendemos el de una esfera más particular y reducida, tan práctica como las demás, pero ménos ámplia y rica por su misma limitacion, seria difícil conceder á la idea del Derecho primacía sobre otras muchas: por ejemplo, la de la moralidad ó la del arte, las cuales coexisten con aquella, no "en toda sociedad medianamente ordenada," sino en *todo* hombre y *toda* sociedad.—(*N. T.*)

(1) Sin duda que la historia no puede concebirse, despues sobre todo de Hegel, como un puro juego de factores accidentales y arbitrarios, sino como una manifestacion *real*, consustancial con la esencia misma de las cosas, que expresa siempre en el contenido de sus hechos. Mas si, como Ahrens terminantemente reconoce, no puede sacarse de estos la idea; si para hallarla en ellos se requiere llevarla ya á su exámen ¿cómo puede "legitimar" la historia dicha idea? Cierto, en las instituciones positivas se contiene Derecho; pero la existencia, por ejemplo, de la esclavitud, que ya Aristóteles creyó suficientemente "le-

esferas científicas, donde se trate de puros conceptos de razon, es cuando ménos exclusivo aplicado á otros, que, como el del Derecho, conciernen inmediatamente á relaciones que siempre han de sujetarse á norma práctica. Por lo cual esta idea, base de la Filosofía del Derecho, no debe ser demostrada, sino mostrada en la experiencia, esto es, en la historia y la vida real. Toda idea que, presumiendo de verdadero principio del Derecho, desconforme en los puntos esenciales con la vida real, no podrá justificar su pretension.

---

gitimada" por verla admitida sin excepcion en su tiempo, ó la de la pena de muerte, que apenas comienza á desaparecer de los Códigos ¿debe imponernos la necesidad de elevar ambos hechos al carácter de verdaderas instituciones fundamentales y esenciales para la vida del Derecho en todos tiempos? ¿Serán legítimos el matrimonio unitario, y no la poligamia; la antropofagia, ó el respeto á la vida? ¿Será todo esto, como Montesquieu y tras él ilustres pensadores del positivismo han juzgado, asunto de clima, ó de raza, ó de cultura? El terminante sentido de Ahrens, (véase por ejemplo el §. 2.º) protesta contra esta interpretacion. Pero en este caso ¿no seria más conveniente pensar que no hay hecho sin causa, ni causa puramente accidental y sin valor esencial; que por tanto, hasta en las instituciones más contrarias á nuestro presente grado de desarrollo, se encierra una idea, un principio racional, aunque no siempre rectamente entendido y aplicado, y aún quizá desvirtuado y contradicho por el modo como se ha pretendido hacerlo valer? Ya Hegel, y despues con mayor insistencia el más alto representante que su espíritu tiene hoy en la Ciencia jurídica, Michelet (de Berlin) en su *Filosofía del Derecho* (*Naturrecht*, etc., t. I, prólogo), han protestado contra la interpretacion *literal* de la "identidad entre lo real y lo racional." Ahora bien, para hallar el fondo esencial y racional de tal ó cual hecho, es fuerza saber discernir ese fondo de la manera como en este aparece: mediante lo cual, en vez de legitimar la historia á la filosofía, sucede precisamente lo contrario, esto es: que la filosofía dá la única medida, para, aplicada á los hechos (como *crítica*, ó conocimiento filosófico-histórico), juzgar si estos fueron tales como debieron ser segun entonces correspondia.

Por haber seguido otro camino, aunque no siempre dándose clara cuenta de ello suelen ser las construcciones de la Filosofía del Derecho, más bien que lo que su nombre promete, una generalizacion de las instituciones positivas, corregidas en mayor ó menor parte, segun las

El *método* que ha de seguirse en la indagacion filosófica del Derecho será, por consiguiente, el indicado por la esencia misma del concepto de éste. Habrá de proceder indagando en la conciencia este concepto y pensamiento general, presente en ella, distinguiéndolo, *analizándolo* en sus particulares elementos integrantes, y comparando el concepto hallado por este análisis con los datos que la observacion sensible suministra respecto de las relaciones jurídicas. Pero tal concepto, psicológicamente hallado, analítico (1), no lleva consigo garantía alguna de su legitimidad y plenitud: ya que, en la consideracion de las notas particulares del Derecho, pueden haber sido desatendidos elementos importantes de éste, y hasta su fundamento primero y más profundo (2). Pero

determinadas opiniones del autor. Tendencia esta visible aun en las más descabelladas utopias: porque la utopia, en el fondo, no es de la razon en verdad de donde procede ("utopia racional" es contradictorio); sino de la misma historia, como en ódio y negacion de ella y para apartarse todo lo más posible de los que estima extravíos. No es lugar este de entrar á discutir la funcion que la experiencia desempeña en la formacion analítica de la Filosofía del Derecho: funcion *esencial é imprescindible*; baste lo dicho para indicar que no es la que parece dar á entender nuestro autor.—(*N. T.*)

(1) El verdadero concepto analítico del Derecho no se forma exclusiva, ni aun primeramente, determinando en sus notas constitutivas la idea que de aquel hallamos en la conciencia: porque el análisis no se reduce á este proceso *dialéctico*, uno de sus momentos tan sólo. El primer dato para la construccion reflexiva é inmediata del conocimiento jurídico no es el puro *pensamiento* (la idea); sino la percepcion objetiva del Derecho como *propiedad real* nuestra: de donde *luego* procede tambien la consideracion de la idea.—Véase, pues, cómo tampoco puede llamarse "psicológica" esta investigacion.—(*N. T.*)

(2) No hay necesidad alguna de suponer tal desatencion para fundar la exigencia del complemento sintético de esta indagacion: exigencia que no nace de la posibilidad de que el análisis haya sido defectuoso, lo cual jamás podria corregir la síntesis (pues que esta se apoya precisamente en los resultados analíticos, cuya inseguridad viciaria y dejaria en el aire todo ensayo deductivo: sobre que el proceso inmediato, lleva en sí su propio criterio de certeza); sino del límite

formando el Derecho un aspecto, entre otros, de las relaciones humanas; dándose á la par con él otras esferas capitales en la vida, que tienen tambien su comun principio inmediato en la esencia del hombre, síguese que ha de ser éste concebido, no meramente en uno de los factores de su naturaleza, en una relacion ó en una de sus facultades, sino en la unidad é integridad de su sér, mirando á su completa situacion en el mundo y la vida; debiendo ser ahora en la plena totalidad de las relaciones humanas, donde se muestre aquella esfera particular de estas á que el concepto del Derecho concierne. La diversidad de método en la investigacion de dicho concepto ha ocasionado principalmente la variedad de *escuelas* en su Filosofía: pues cada punto de partida y cada camino que se adopte, ha de llevar á un término diferente. El método exacto y completo ha de enlazar entre sí los diversos aspectos del objeto, para llegar de este modo á concebirlo de la manera más perfecta posible.

De la consideracion precedente resulta que hemos de investigar el concepto del Derecho, ante todo psicológicamente, derivándolo á este fin de la naturaleza del hombre.

## §. 2.—Investigacion psicológica del concepto del Derecho.

Si interrogamos á nuestra *conciencia* sobre lo que entendemos por Derecho, se muestra ante todo este pensamiento

peculiar de este proceso, por respecto á la idea del Derecho, *como idea universal* (y *sobre-universal*). Pues el análisis de la conciencia nos advierte sin duda que tal idea se dá en nosotros con estos caractéres, imponiéndose á nuestro pensamiento; mas no que corresponda á ella otro objeto adecuado en la realidad, que nosotros mismos. Así, por ejemplo, ese análisis nos enseña que necesariamente concebimos á Dios como sér justo; mas no que esta concepcion tenga otra realidad que la que le presta la realidad de mi propio pensamiento. Para saber si hay Dios y si el Derecho es una de sus propiedades, ese análisis no basta.—(*N. T.*)

como un concepto nacido en nuestro interior y que excede de la experiencia externa. Por mera abstraccion de particulares relaciones ó instituciones determinadas de la vida, no puede ser formado: pues el concepto abstracto no se extiende legítimamente más allá de la esfera de objetos de que ha sido abstraido, y expresa sólo, que una cosa *es* de tal ó cual manera, mas no que *deba* serlo. Pero mediante la idea del Derecho, presente en nosotros, nos atribuimos autoridad para *juzgar* con ella relaciones actuales é instituciones de la vida, y exigimos en lo tanto que varíen y mejoren éstas segun lo pida aquello que estimamos como Derecho. Tales exigencias, que nuestra conciencia formula en razon de la idea de éste, presente en ella, no pueden ser desatendidas: porque brotan involuntariamente en nuestra intimidad, en la cual se hacen valer; apareciendo segun esto el pensamiento del Derecho como un criterio superior dado en nosotros, con que juzgamos las relaciones de la vida. Pero tal pensamiento se dá en nuestra conciencia inmediatamente sólo en indeterminada generalidad: y así los juicios que bajo de él formulamos difieren tanto unos de otros, que podria fácilmente llegarse á colegir que no era una idea primitiva, pues de otro modo no habian de ser tan contradictorios éstos, cuya diversidad y oposicion proceden realmente de que muchas veces esa idea, dada con universalidad en nuestra conciencia, no es elevada luego, mediante reflexion é indagacion metódica, á concepto absolutamente determinado segun todas sus notas esenciales.

Si procedemos, por lo tanto, á caracterizar con mayor exactitud esta idea, hallamos que *difiere* esencialmente de otras análogas, presentes tambien en nosotros, como son las de verdad y belleza, en cuanto dice relacion inmediata, no con el conocer y el sentir, sino con la *voluntad* activa, siendo por consiguiente, ante todo, una idea práctica y bio-

lógica. Sólo hay una idea, y es precisamente la del bien moral que ha de realizar voluntariamente el hombre, que se muestre en tal respecto inmediatamente afin á la del Derecho: pudiéndose ya deducir de este enlace la consecuencia trascendental de que ambos principios, en cuanto los ha de realizar una misma facultad del espíritu, la voluntad, poseen importantes determinaciones comunes y no pueden ser en sí mismos opuestos uno á otro.

Si consideramos ahora el pensamiento del Derecho *puramente en sí propio,* independientemente de su orígen posible y de su relacion á otras ideas, hallamos que expresa un determinado modo como ha de proceder la actividad en nuestra conducta con los demás hombres y con nosotros mismos: toda vez que hallamos la exigencia de obrar justamente en *ambos* casos.

Verdad es que la opinion comun estima que el Derecho se refiere meramente á las relaciones mútuas de los hombres entre sí, y que la conducta de cada cual consigo propio toca puramente á la moral. Pero tal opinion contradice las exigencias internas que en nosotros hallamos: pues el lenguaje de todos los pueblos cultos dá ejemplo frecuente de juicios en que se trata de la conducta justa ó injusta que tal ó cual hombre tiene consigo mismo. Ahora bien, si es falsa la opinion comun, ó lo es el juicio dado en nuestra conciencia, sólo cabe decidirlo ulteriormente, despues de más profunda indagacion. Por ahora, debemos circunscribirnos á seguir fielmente las indicaciones que en nosotros mismos hallamos.

El Derecho, pues, en tanto que norma de la actividad, de nuestros actos, es concepto que expresa una relacion, á saber, la relacion de nuestra actividad con un determinado objeto. Es, pues, concepto *relativo,* no de propiedad simple, ni tampoco idea de algo absoluto ó infinito, pues que

si bien tiene quizá su orígen supremo en el Sér infinito y absoluto, expresa, sin embargo, sólo relaciones finitas y condicionales (1).

Atendiendo ahora á la *índole propia* de la relacion que con la voz «Derecho» designamos, advertimos que se indica siempre con este término *conformidad* en una relacion, toda vez que donde aquella falta, tampoco cabe hablar de Derecho. Es comun, sin embargo, este carácter del Derecho á otras ideas: pues tambien expresa, por ejemplo, la verdad una conformidad ó ecuacion entre nuestro pensamiento y su objeto; luego ha de haber una nota diferencial todavia, y se muestra en que el Derecho no expresa, como la verdad, adecuacion de conocimiento, correspondencia de nuestro pensar con el objeto pensado; sino al contrario, una conformidad de nuestra *conducta* (en hacer ú omitir) con las relaciones de la vida.

De estas notas del concepto del Derecho, tal como lo hallamos en la conciencia, se sigue ya el corolario importante de que aquel se refiere á relaciones reales, *objetivas* como se dice; y que la voluntad, ó más determinadamente la libertad, es ciertamente la facultad subjetiva que lo realiza, debiéndose regir y determinar al efecto por tales relaciones.

No es, pues, la mera voluntad ó la libertad la que crea el Derecho, cuyo fundamento propio lo constituyen las expresadas relaciones de la vida humana, que han de ser indaga-

(1) El modo de expresarse aquí Ahrens podria dar lugar á que alguno entendiese que el Derecho, por indicar una *relacion*, no puede ser estimado como *absoluto*, y viniese á caer así en aquel sofisma en que, jugando del vocablo, cayó tambien algun distinguido orador de nuestro Parlamento, motivando contundente réplica del Sr. D. Nicolás Salmeron. (V. su *Discurso sobre la Internacional*, pronunciado en las Córtes de 1872.)—Pero un concepto de *relacion*, esto es, cuyo objeto, cuyo contenido consiste en una relacion, no es por esto un concepto *relativo* (condicional), pudiendo ser tan absoluto como cualquiera otro.—(*N. T.*)

das préviamente para que la voluntad del indivíduo ó de la sociedad pueda luego obrar en conformidad con ellas. En el concepto hasta aquí expuesto, se muestra, por tanto, un elemento *objetivo* y un elemento *subjetivo:* el primero, en las relaciones mismas de la vida; el segundo, en la libre accion de la voluntad mediante que se determinan y trasforman estas relaciones. Ninguno de estos elementos debe desestimarse en la Ciencia del Dérecho. Si se desconoce el primero, aparece éste como simple producto de la arbitrariedad, ó sea, de una libertad privada de sustancia y de ley; y el principio y relaciones jurídicas quedarian abandonados á una caprichosa é interminable mudanza, siempre oscilante. Y si se prescinde del elemento subjetivo, se trasforma aquel principio en una fuerza puramente física y ciega, y sus relaciones en un yugo que no hay medio de evitar, y que vá pasando de generacion en generacion para conservar todas las cosas en la misma lenta marcha. Es, pues, la libertad como la fuerza y poder para la viva informacion del Derecho; mas para ella existe una *regla*, una norma, arraigada en las relaciones mismas, de las cuales debe derivarse y en las cuales está llamada á mantener órden. Si ahora condensamos en una ojeada retrospectiva, que nos abra á la vez ulterior camino, los elementos hallados en el análisis psicológico, podremos exponer el concepto del Derecho como el de *una norma que expresa la conformidad de la conducta libre ó del uso de la libertad en las relaciones de la vida humana.*

De ningun modo es, sin embargo, suficiente este concepto, que carece todavia de claridad y precision. Conocemos desde luego la facultad que ha de realizar el Derecho, esto es, la voluntad, la libertad; pero aún no hemos indagado exactamente en qué consistan las mencionadas *relaciones,* que son su *causa* y *contenido*, ni poseemos aún clara idea de aquello en que ha de consistir la conformidad, que supo-

ne un criterio superior segun el cual juzgarla. Estos dos importantes puntos sólo pueden aclararse si nos aplicamos á considerar el sér y vida del hombre en el todo y como en conjunto: pues dichas relaciones varias se hallan fundadas, al ménos por un lado, en la naturaleza humana, y la conformidad con ellas por fuerza ha de determinarse segun un fin de nuestra vida.

## §. 3.—Desenvolvimiento ulterior del concepto del Derecho, desde la naturaleza humana.

### A.—*Reflexion preliminar.*

El resultado á que la consideracion psicológica anterior nos ha conducido, á saber, que para llegar á un más profundo conocimiento del Derecho es preciso atender é indagar la esencia ó naturaleza humana, no es producto de la Filosofía del Derecho novísima, antes bien lo alcanzó ya la antigüedad. *Platon* y *Aristóteles* fundaron sus doctrinas jurídicas y políticas en su concepcion del hombre; *Ciceron* (1) hace referencias frecuentes á este fundamento; y las nuevas teorías filosóficas de los tres siglos últimos representan sólo un progreso mayor, en tanto que aspiran á mostrar más exactamente *cómo, de qué manera* ha de ser derivado el Derecho de la naturaleza humana. Lo cual es el problema capital inmediato y el punto en que principia la divergencia de los distintos sistemas filosófico-jurídicos, que se apartan luego más y más cada vez unos de otros, y cuya diversidad preciso es reconocer que nace del exclusivismo con que casi

(1) *De leg.* I. C. G. "Natura juris explicanda est nobis, eaque ab hominis repetenda natura"; y en sus dos obras *de leg.* y *de officis*, en todas las cuestiones capitales se refiere y apela siempre á la doctrina filosófica del hombre.

todos han considerado al hombre sólo en uno de sus aspectos, desde un punto de vista determinado, por lo que encierran cada uno de ellos su parte de verdad sin duda, pero establecida usualmente con suma estrechez de miras.

Así se ha querido deducir el Derecho y el Estado jurídico, ya de particulares *tendencias* de la naturaleza humana, «del *instinto* egoista ó desinteresado de *sociabilidad*» *(Grocio, Puffendorf)*, ya de la necesidad de una vida social, á que dé seguridad un poder fuerte *(Hobbes)*, ora de un particular fin de la vida, sea éste el de la *perfeccion* ó el del *bienestar* y la *felicidad (Leibnitz, Wolf)*, ora del fin comun de la coexistencia de la libertad de todos *(Kant)*. Ó tambien, cuando se reconoció que tales teorías, en especial la última, no habian hecho comprender ni lograban explicar la realidad de la vida, se afirmó en cambio que el Derecho, ni procedia de un supuesto estado de naturaleza, ni era deducible *a priori* de principios generales; sino que hay que concebirlo en su evolucion sucesiva, como un verdadero concepto histórico, cuyo progreso vá siempre unido al de la vida de los pueblos. Otros, finalmente, con un sentido ético-religioso, han pretendido que habiendo dado el Cristianismo la enseñanza más profunda sobre la naturaleza humana y producido la trasformacion más radical en la vida de los pueblos modernos, siendo constantemente el elemento más importante á través de la historia, debe buscarse en la doctrina cristiana de la esencia y vida del hombre el fundamento para la Filosofía del Derecho.

Estas diversas teorías hacen resaltar incontrovertiblemente puntos de vista más ó ménos profundos; pero en unas, se incurre desde el principio en parcialidad exclusiva; en otras, se cae en ella, dentro ya del desenvolvimiento del sistema; y se llega en todas á una concepcion siempre más ó ménos estrecha del Derecho. Un concepto cabal de éste sólo

se alcanza en lo posible cuando se estudia al hombre en la *unidad* é *integridad* de su sér, de su vida y de los fines propios de ella y se determina segun esto el Derecho en todos sus diversos elementos. Tratemos de lograr este resultado.

### B.—*Deduccion del Derecho.*

Si el hombre atiende al lugar que en el órden universal le está asignado y á la totalidad de los fenómenos de su vida, se ve, al par de todo sér finito, *condicionado* hácia todas direcciones: pues que en ningun respecto ni en esfera alguna de la vida se basta á sí propio; y aun la misma riqueza de dotes y fuerzas que le caracteriza, aumenta todavia esta dependencia y la necesidad de un auxilio con el que pueda desenvolver aquellas interiores aptitudes. Mas, de otro lado, reconoce el hombre en sí propio una facultad, un poder, tanto para presentir, creer y conocer lo *infinito* y *absoluto*, como para dirigir y determinar tambien su voluntad en su vista; á fin de ensanchar constantemente y en parte vencer los límites de su naturaleza, de completar su insuficiencia, y en suma, de suprimir, hasta donde sea posible, mediante el aprovechamiento de dichas condiciones, su misma condicionalidad. Esta facultad se dá en cada hombre, sépalo ó no, en superior ó inferior grado, anunciándose en la aspiracion de extender sin interrupcion el límite de su saber y de su actividad; y mientras más progresa, tanto más claramente percibe el incremento de su fuerza y de su capacidad para abrazar en sí cada vez más ámpliamente mayor número de objetos: de suerte que al fortificar su interior energía, se acrece al par su receptividad.

Semejante poder y tendencia, que excede de todo lo condicional y limitado, no puede explicarse por la naturaleza del hombre como sér finito, por donde atestigua la existencia é

influjo en el espíritu humano de un sér infinito y absoluto, esto es, de *Dios* y lo divino. El poder supremo y característico del hombre se llama la *razon*, que ha de concebirse como la luz superior y como el órgano de la Divinidad. El hombre es un sér racional: y es la razon lo que le eleva, en la unidad de su sér y en todas sus relaciones, facultades y fuerzas, á un grado superior en el órden de las existencias. Por la razon, es el hombre persona: pues mediante lo divino, es un *sér para sí* y fin de sí propio. Por la razon, se levanta en pensar y conocer sobre la esfera de lo sensible, contemplando en las *ideas* lo infinito y absoluto y las supremas relaciones de la realidad y la vida. Por la razon, es y llega á ser el hombre libre, elevando de igual modo su voluntad sobre lo mudable, y conservando poder para determinarse segun las ideas de lo verdadero y lo bueno.

Ofrécese, pues, el hombre bajo un *doble* aspecto: como finito y universalmente condicionado, por una parte; al par que reside en él un principio infinito y absoluto, que se manifiesta como fuerza superior de aspiracion y de vida.

Esta oposicion que en la conciencia hallamos entre nuestra existencia, siempre finita, y lo que exige ese principio supremo, se concilia y resuelve al proponerse el hombre mismo libremente *un fin para su vida*, que realizar inmediatamente por sí propio sobre la base de su existencia actual en un porvenir más ó ménos próximo. El *fin* une lo limitado y lo ilimitado en el hombre: pues lo que él no *es* en un momento dado debe *llegar á serlo*. Por el fin, enlaza su presente con su porvenir, el cual se presenta ante él como infinito, por serlo los fines mismos de la vida humana, que no pueden realizarse plenamente en tiempo alguno determinado, en una vida finita, por rica que la pensemos.

Investiguemos ahora en *qué* consiste el *fin de la vida* humana. El fin es supremamente *uno*, si bien se organiza luego

en muchos fines particulares. El fin *uno* y *total* de la vida del hombre sólo puede ser la *perfeccion* de su sér, la completa informacion de su esencia, en tanto que cultiva todas sus facultades y fuerzas mediante ese poder de lo infinito y divino que en él se dá, tomando del fondo inagotable de la realidad y de la vida y apropiándose lo que le falta: con lo cual se *completa*, llena su vida y realiza ese fin. La vida humana es por lo tanto y debe perpétuamente ser una constante aspiracion del hombre á *integrarse*, á *realizarse*, á *perfeccionarse*, á *completarse*. Tal es, pues, el fin *uno, total*, permanente de la vida, el verdadero fin de la Humanidad.

Pero este fin uno se realiza en direcciones diversas, que motivan su distincion en *particulares fines capitales*, cada cual con su carácter específico; pero todos unidos tan íntima y solidariamente, que no cabe concebir cualquiera de ellos, sin referirlo á todos los demás.

Supremamente, se completa el hombre mediante su union con *Dios* por la *religion (la intimidad en Dios)*. En ella se une é intima el hombre en la total integridad de su *persona* con la Personalidad suprema, esto es, con el Sér absoluto y fundamentalmente conscio, que no sólo informa necesariamente el mundo como espíritu ó alma de él, sino que lo gobierna y dirige los destinos humanos como Providencia sábia: pues no es dado concebir religion alguna, segun su propia y legítima idea, allí donde se identifica á Dios con el mundo ó con la Humanidad.

Consideremos ahora al hombre determinándose en particular, realizando sus diversas facultades especiales, el *pensar* y *conocer*, el *sentir* y el *querer*.

En cuanto al primero, el hombre se perfecciona en todas las diversas esferas de la realidad y de la vida por la *ciencia*, en el acuerdo del pensamiento con aquella, esto es, en la *verdad*. La ciencia se diferencia orgánicamente por su parte,

segun las diversas especies de objetos y las distintas fuentes de conocimiento, en un sistema de ciencias particulares.

Mientras que abraza la ciencia lo más ó ménos general en conceptos, y lo infinito y absoluto en las ideas, aspira el *arte* á expresar éstas y aquellos en una forma apropiada, ora sea predominantemente espiritual, ora material, mediante el auxilio de la *fantasía* individualizadora y del *sentimiento*, que recibe lo particular en el todo á que corresponde. El arte se distingue luego en *bello*, cuando su fin propio es la forma pura como expresion de una idea determinada, y *útil*, cuando por la aplicacion de conceptos, leyes y fuerzas generales, especialmente en la esfera de la Naturaleza, crea productos destinados á servir á otro fin.

Ciencia y arte en relacion al hombre como sér finito y perfectible mediante el propio cultivo de sus facultades, se unen en la *instruccion* ó *enseñanza* y más íntimamente en la *educacion*.

Religion, ciencia, arte (bello ó útil) y educacion dan á la vida humana su fondo y contenido, sin que en ella haya nada que, por lo que toca á éste, no pertenezca á la esfera de la religion, que funda y establece el lazo más íntimo y supremo de la vida, ó á la de la ciencia, por la que es abrazada la realidad entera en el conocer y pensar, ó á la del arte, que informa la plenitud interior de la vida en belleza ó utilidad, ó finalmente, á la de la educacion, con la cual se desenvuelve y perfecciona contínuamente el hombre en la integridad de su naturaleza.

Pero este fondo ó contenido de la vida debe ser considerado como realizándose en ella mediante el poder causal de la voluntad. Surge entonces el concepto del *bien*, que no implica ningun objeto nuevo, sino que expresa sólo la integridad de lo que en la vida ha de realizarse por la libre causalidad del hombre, esto es, el fin uno de aquella, al que se

refieren todos los indicados fines particulares. De aquí el organismo del bien, en correspondencia con el de ese fin. Como *bien supremo*, aparece Dios, en tanto que la voluntad, en religiosa elevacion hácia Él, tiende á encarnar lo divino en la vida. La ciencia y el arte forman los dos órdenes del bien, que se completan y auxilian mútuamente, y la *educacion* comprende al hombre mismo como un *bien* sujeto á contínuo progreso. El bien, en relacion inmediata y preferente al sentimiento, constituye la *felicidad*, cuyo fin es pues el del bien mismo, y cuyos fines particulares corresponden precisamente á los de éste.

Pero el bien, que es en sí *uno*, que forma la unidad del fin humano y es recibido en la unidad del sentimiento de los hombres, se realiza por la voluntad de éstos de dos modos, en dos sentidos, que reflejan los dos aspectos de su naturaleza: el absoluto é infinito y el finito y condicional. Fundados éstos en la esencia del hombre, dados en su sér, síguense necesariamente de ellos para la efectuacion del bien dos direcciones adecuadas, las cuales, á pesar de su distincion, deben armonizarse y unificarse de nuevo. Ha de ser, pues, el bien realizado, tanto incondicionalmente, como absoluto en su fundamento supremo y divino, cuanto segun las circunstancias de que depende en las relaciones finitas y condicionales de la vida (1). Estas dos maneras de realizarse el bien

(1) Pareceria colegirse de esta manera de fundar la distincion entre la moralidad y el Derecho, que éste no es tan absoluto é incondicional *en su naturaleza* como aquella, y que la moralidad en cambio no está sometida, al par del Derecho, á idéntica modificacion y cambio *en su desarrollo*. Tal punto de vista es hoy completamente inadmisible. El positivismo ha intentado restablecer este elemento progresivo de la moralidad, aunque negando (*queriendo* negar, más bien) su carácter absoluto: cosa todavia inherente por lo comun á toda protesta y reaccion en pró de algun principio desestimado. Ahrens ya antes (§. 2, pág. 25) habia insistido en que el Derecho «no es idea de algo absoluto ó infinito:» sobre lo cual, nos referimos á la nota de la pág. 26.—(*N. T.*)

son verdaderas modalidades suyas, formas con que aparece y se muestra: en suma, *bienes formales;* mientras que los antes señalados, y que constituyen propiamente el fondo del bien, pueden ser llamados *bienes materiales.* Los bienes formales ó formas de realizacion del bien, una de las cuales dá testimonio y expresion de la incondicionalidad del bien en sí mismo y para la voluntad del hombre, y la otra responde al carácter condicional del bien en estos respectos, son la *moralidad* y el *Derecho*, como vamos á mostrar ahora más determinadamente (1).

1. La *moralidad* es aquel modo de obrar en que el hombre realiza el bien *pura y absolutamente por el bien mismo.* Mérito es, á la verdad, de Kant haber hecho reconocer la incondicionalidad y pureza del principio ó motivo moral, que no llegó con todo á concebir en su verdadero fundamento, al suponerlo mero precepto de la conciencia, («imperativo categórico»), sin ulterior explicacion posible: la cual, sin embargo, es presente y manifiesta en el hecho de que el hombre, aun-

(1) Esta clasificacion de los fines humanos presenta alguna divergencia con otras del mismo Ahrens (v. g., en su *Der. nat.* 1868) y aparece desde luego, por lo ménos, insuficientemente motivada.—El arte, por ejemplo, en su ámplia é íntegra acepcion (no como arte estético) no es ciertamente un fin *material*, no constituye un género especial de obras, no forma parte en suma del fondo y contenido de la vida: obrar artísticamente no es hacer tales ó cuales cosas, sino hacerlas *de un cierto modo.* El arte es, pues, una forma de la actividad racional en todos sus grados y esferas: un fin *formal* de la vida.—La religion debe tambien incluirse, con la moralidad y el Derecho, en este mismo órden, al cual corresponden no ménos la belleza (el fin de realizar nuestra vida y obrar estéticamente, ó sea de una manera acabada, orgánica, rítmica, poética), así como la educacion y la enseñanza. —Otra cosa es, v. g., la actividad económica ó industrial (en su ámplio sentido), que sin embargo no halla otra cabida en la clasificacion del texto, sino como una de las especies del arte: modo de ver comun hoy todavia, pero que no ha debido el autor consagrar con su autoridad en tan importante ocasion.—(*N. T.*)

que finito y condicionado, tiene, merced á la fuerza divina de la razon, el poder de recibir á Dios y lo divino en el conocimiento como verdad absoluta y en la voluntad como bien supremo, libre de toda condicion, y de adquirir y mantener la conviccion de que todo bien, por ser procedente de Dios, ha de ser querido y realizado como cosa divina y absoluta por tanto. Tal es el fundamento de la pureza del motivo, en que consiste la moralidad, por la cual se muestra el hombre en su conducta semejante á Dios. Al modo que Éste realiza el bien incondicionalmente en su vida infinita, así puede y debe el hombre, en la suya limitada, hacer valer en sí propio la fuerza que le asiste para realizar el bien por el bien mismo.

De aquí que deba distinguirse sin duda el bien del bien *moral*. Bien, en general, se dice de todo lo que es esencial en la vida, lo que forma y sirve para realizar un fin de ésta. Un hombre puede hacerse á sí mismo y á otros mucho bien, ayudar á los demás, apropiarse diversos bienes psíquicos; pero si presta tal auxilio sin amor y pura benevolencia, por el bien parecer ó por otro interés cualquiera; si no le mueve en la adquisicion de esos bienes, ya el anhelo por ellos, si son absolutos, como la religion, la ciencia y el arte bello: ya, de ser relativos, el propósito de aplicarlos á la prosecucion de un fin racional, no es moral su conducta, ni el bien que realiza y los bienes que adquiere tienen para él aquel mérito y valor superiores que sólo pueden recibir de esos motivos. Ahora, la intencion moral se llama *virtud*, cuando mueve permanentemente al hombre á la práctica del bien. Como éste, hácia el cual se dirige, es la virtud primeramente *una* y abraza y determina la vida entera del hombre en todas sus direcciones; pero luego se distingue y organiza, por una parte, segun los diversos bienes capitales ó fines de la vida, manifestándose, en la religion, como piedad, devocion,

resignacion, etc.; en la ciencia, como amor á la verdad y veracidad; en el arte bello, como sentido y práctica noble y armoniosa de la pura belleza; en el arte útil (la industria en sus diversas ramas), como dominio, direccion y moderacion de las fuerzas naturales de la vida para la realizacion de sus fines primarios; en la educacion, finalmente, como perfeccionamiento constante de sí mismo y solicitud para procurar el de los otros. A tales virtudes, determinadas en razon de los fines objetivos de la vida, se unen las que proceden de las relaciones personales subjetivas, el amor, la fidelidad, la benevolencia y otras. Pero todas las virtudes han de sostenerse en el poder y aspiracion totales al bien divino, y concertarse armoniosamente para fortalecerse unas á otras. La doctrina de la moralidad, en cuanto expresa á ésta en su manifestacion permanente es, por lo tanto, *doctrina de la virtud*, ó *Moral*, en el sentido indicado.

Opónese á la moralidad, siquiera concuerda con ella en un concepto superior total, otro cuyo claro reconocimiento ha ofrecido hasta ahora dificultad mayor, por no referirse tan sencillamente como la moralidad sólo al puro propósito é intencion del bien; diciendo por el contrario relacion á las condiciones variadas de que depende la realizacion de éste, y exigiendo, en lo tanto, la indagacion y estimacion de las múltiples relaciones de la vida en que aquella ha de tener cumplimiento. Y sin embargo, este concepto, referente á la manera tan diversamente condicional de realizarse el bien en las relaciones finitas de la vida humana, es de tal importancia práctica, que, si la ciencia lo desconociera en su significacion ó en la plenitud de su contenido, lo aplicaria sin duda el instinto racional de los pueblos, movido por la fuerza de una necesidad ineludible.

Pero, así la ciencia como la vida, han reconocido en este concepto el del *Derecho*, lo cual vamos á probar ahora más

detenidamente, determinándolo con mayor exactitud y demostrándolo en su realidad efectiva.

2. Segun la deduccion antropológica y ética que del Derecho acabamos de hacer, mostrándolo dado en nuestra naturaleza y en el bien que comprende los fines varios de la vida, debe ser aquel concebido en primer término como *el todo de las condiciones que ha de prestar la voluntad humana para la realizacion de los fines racionales de la vida*, ó más brevemente, el todo de condiciones para la vida racional (esto es, moralmente buena) del indivíduo y de la sociedad humana. Tres elementos capitales entran en este concepto: el fin racional de la vida, dado en el bien moral, es el elemento *objetivo;* el *subjetivo*, que lo constituye la voluntad del hombre; y la *relacion* entre ambos, ó sea la condicion, que en sí misma, como dada en razon del fin, es objetiva tambien, pero tiene en la voluntad, que ha de prestarla, un punto de partida subjetivo. De suerte que el Derecho, si ha de consistir en esta condicionalidad, tanto es principio objetivo como subjetivo.

Entre estos elementos, el concepto de la condicion es el que, atendida su mayor importancia para el Derecho, debe determinarse más al por menor, y distinguirlo de sus conceptos afines: *causa* y *medio*.

*Condicion*, en general, es todo aquello que determina la existencia ó la eficacia de otra cosa cualquiera. Pero en la Ciencia jurídica entran sólo (1) aquellas condiciones que ha de poner la voluntad humana, no las independientes de ésta,

(1) "Directa é inmediatamente", debe añadirse: pues, mediatamente, á saber, mediante éstas, entran aquellas tambien, y entran siempre. Ejemplo de ello nos ofrece el derecho de propiedad, cuyo objeto inmediato son nuestros actos, en verdad, el aprovechamiento de las fuerzas de la Naturaleza; pero cuyo objeto mediato son por lo mismo estas fuerzas, como fuentes de bienes y medios para la vida humana.—(*N. T.*)

exteriores á la esfera de accion del hombre y que prestan Dios y la Naturaleza para la existencia y vida de la Humanidad. Condicion, por lo tanto, en el Derecho (1), es aquello de que depende la accion individual y social, en tanto que se refiere á fines de vida racionales, moralmente buenos.

No ha de confundirse el concepto de condicion con el de *medio*. Es medio en general todo bien relativo que se requiere para la realizacion de otro, puesto como fin. Lo regular es que los bienes inferiores sirvan de medio para los superiores, por más que, en el orgánico encadenamiento y recíproco influjo de todos los bienes, valen los superiores, en un respecto al ménos, de medio para los subordinados: la ciencia y la moralidad, por ejemplo, para la adquisicion y conservacion de los bienes materiales inferiores de la esfera económica. En todo caso, el concepto de medio implica solamente una pura relacion *real* (objetiva) de un bien á otro; el de condicion, por su parte, no expresa más que la relacion interna *formal* de dependencia de un bien respecto de otro, y alude en lo tanto á una actividad ulterior, que la ha de hacer efectiva. Por lo cual, al exigir que el Derecho, ó el Estado como su institucion, preste las condiciones para el cumplimiento de los fines racionales, no se pretende que el Estado mismo haya

(1) El concepto general filosófico-jurídico de la condicion es más comprensivo que el que el Derecho positivo suele darle en sentido de determinacion coordenada y conjunta (co-determinacion, *Nebenbestimmung)* en un asunto ó negocio. Pero, aun en el mismo Derecho positivo, se entiende tambien este concepto de un modo más ámplio, explicándolo, como acertadamente notan entre otros SEUFFERT *(Der. práctico de las Pandectas—praktisches Pandectenrecht,* I. §. 76), otras modalidades, y aun todas las determinaciones inmediatas de un asunto jurídico y, en general, todos aquellos supuestos que dan tal carácter jurídico á los actos ó á las relaciones. Esta concepcion es enteramente conforme á la idea filosófica: pues el determinante es siempre el supuesto del determinado: aquello que *se requiere* para que el determinado sea.

de ser quien procure los medios necesarios al efecto; sino que debe indicarlos como exigencia esencial para la actividad humana en los diversos órdenes de la vida (1). El medio, pues, está siempre dado en alguna cosa; mientras que la condicion denota sólo la suposicion, la *necesidad* de que una cosa exista, para que exista otra. Por lo cual se explica claramente que en el Derecho se comprendan exigencias que constituyen facultades, derechos para la persona que exige, y obligaciones, deberes para la que ha de prestarlas. Importa, pues, así en el Derecho privado como en el público, que la condicion, si bien se refiere al medio, no se confunda con éste (2).

Tampoco se ha de tomar el concepto de condicion por el de *causa*. La condicion en sí misma sólo hace posible aquello que se realiza en virtud de una causa presente ya ó futura. De aquí que, al pretender el Derecho que se presten á los in-

(1) La distincion entre los conceptos de medio y condicion está sin duda en que el primero expresa una relacion material ó de fondo, y el segundo una relacion formal; pero ambos son inseparables; de suerte que jamás puede haber medio que no sea condicion. Así "prestar condiciones" para un fin sin "procurar medios" es tan inconcebible como prestar medios sin cumplir fines: pues si bien estos dos conceptos son en sí diferentes, nada obsta su diferencia para que expresen dos *relaciones* distintas de un mismo, absolutamente un mismo término.—(*N. T.*)

(2) En anteriores ediciones de mi *Filosofía del Derecho*, se ha añadido á veces el concepto de medio al de condicion, para denotar el contenido real ó material de ésta: lo cual ha conducido á malas interpretaciones, pues muchos se han atenido, en lugar del concepto preciso de condicion, al de medio, sacando luego consecuencias falsas del principio del Derecho. En esta mala inteligencia de la idea de condicion, apenas disculpable en hombres de la profesion, descansa especialmente la polémica que algunos jurisconsultos italianos han suscitado en los últimos tiempos contra mi Filosofía del Derecho; á pesar de que en la 4.ª edicion alemana de 1852 y en la 4.ª francesa de 1853 se habia evitado esta ocasion posible de semejantes interpretaciones.

divíduos y sociedades las condiciones de su vida racional, no pide en modo alguno que se les dé, sin cooperacion por su parte, cuanto les sea necesario para dichos fines; sino tan solamente que se les haga *posible* el realizar y cumplir éstos, mediante su *propia* causalidad y esfuerzo (1). Sólo aquello que no pueden efectuar por sí mismos los indivíduos y sociedades particulares, es lo que debe facilitárseles mediante la ayuda, el suplemento, el apoyo por parte de los demás: pues la actividad individual de personas físicas ó morales jamás se basta á sí propia, y está necesitada en lo tanto del complemento y auxilio que reclama de las personas restantes. Jamás puede invadir la condicion el terreno de la causalidad, ni anular el Derecho la propia accion, la libre determinacion causal del hombre y las sociedades humanas; de otro modo, se caeria en nombre de la justicia en el error, tantas veces reproducido y de consecuencias tan graves, de tratar á la sociedad como un puro mecanismo, cuyos indivíduos, despojados de propia iniciativa, libertad y responsabilidad, se han de sujetar al trabajo preceptuado por el poder social, recibiendo exteriormente del mismo lo que necesiten para su vida. Error que, expresado bajo diversas formas en el socialismo y comunismo, se rectifica y destruye mediante el verdadero concepto de la naturaleza del Derecho.

El concepto de condicion, considerado en sí mismo, es

(1) Sin entrar á discutir la distincion entre los dos conceptos de condicion y causa, ni censurar al autor porque no haya entrado en un análisis rigoroso, tratándose de un libro elemental, podia exigirse que los conceptos fuesen precisos y exactos y no diesen ocasion á inteligencias erróneas, semejantes á las que el autor deplora en otra nota anterior. La distincion *esencial* entre la condicion y la causa no ha de romper la inherencia, no ménos esencial, entre ellas. El todo de las condiciones es igual, completamente igual, á la causa: pues una vez puestas *todas* las condiciones de que pende que se cumpla un fin cualquiera, este resulta hecho efectivo: lo cual no acontece con *una sola* condicion.—(*N. T.*)

un *concepto de relacion*, en cuanto comprende los dos elementos de lo condicionado y lo condicionante. Generalmente, se entiende por condicion sólo una parte de la relacion, es decir, del condicionante; pero debe considerarse tambien la otra, toda vez que lo condicionante debe corresponder, *conformar* con lo condicionado. La palabra *condicionalidad* designaria con más propiedad la relacion bilateral (1). En el Derecho, lo que en un respecto es condicionado, puede ser condicionante en otro. Así, la religion y vida religiosa están condicionadas bajo muchos aspectos por la educacion, la cultura científica y aun por la garantía externa; pero tambien por su parte es la religion una condicion para la vida moralmente buena y el órden social entero. Débese, por tanto, en el Derecho, considerar cada relacion, cada problema en todos

(1) KRAUSE, que usa esta rigorosa expresion científica, distingue en la relacion de la *condicionalidad (Bedingheit)*, por un lado, la condicion condicionante *(das Bedingniss)*, y, por otro, la condicionada *(das Bedingtniss)*: en cuya exacta y mútua relacion consiste justamente el Derecho. En cuanto al concepto de condicionalidad, lo determina con toda precision y exactitud como "el mútuo determinarse *(das Sicheinanderbestimmen)* de lo coexistente" *(des Zugleichseienden)*. Este concepto metafísico se refiere supremamente á toda esfera de realidad y vida; y cuando se le reduce á aquella condicionalidad de la vida humana que ha de prestar la actividad de la voluntad racional, nace el concepto del Derecho. En efecto, hay en la vida espiritual y corporal de cada hombre muchas cosas recíprocamente condicionadas y determinadas: tanto en su esfera interior de vida (física y psíquica), donde él mismo ha de ordenar en propia (interna) justicia la condicionalidad mútua de sus términos, cuanto en su vida y comercio social, en la cual han de producirse en comun las condiciones de una vida y conducta racionales.

Aquí puede tambien expresarse con toda precision la diferencia entre la moralidad y el Derecho. Consiste la primera en la propia determinacion para fines racionales; el segundo, en el recíproco determinarse *unos á otros* para estos fines. De suerte, pues, que en el organismo de la vida humana, deben ordenarse las condiciones de la vida racional para el indivíduo y para la comunidad social, ora se procuren por la actividad individual, ora por la social.

sus elementos esenciales, pues que en la vida humana es muchísimo lo que hay condicionado; estándolo en particular recíprocamente sus fines fundamentales, en cada uno de los que ha de examinarse por consiguiente el influjo y proteccion que recibe de los otros. Mediante el Derecho, deben enlazarse todos esos fines y esferas de la vida solidariamente, estableciéndose el vínculo adecuado y legítimo por tanto que entre sí mantienen. Aquí reconocemos que la conformidad á una relacion y fin, que antes y en testimonio de nuestra conciencia hallamos en el Derecho, es un carácter esencial de éste.

Segun esta determinacion más exacta de las ideas de condicion y condicionalidad, tenemos que mostrar ahora en la misma vida real el concepto del Derecho que de aquella nace.

### C.—*Indicacion del concepto del Derecho en la vida real.*

La sociedad humana se presenta como un todo íntimamente enlazado, esto es, como un organismo de personas individuales y morales (1), que cultivan en diversas esferas de actividad fines racionales de vida. El hombre, como sér de razon, se propone en todos sus actos un fin, que puede ser

(1) La denominacion de "personas morales", frecuentemente aplicada por el autor (siguiendo el comun ejemplo) á las personas *sociales*, y por oposicion á la "persona física" ó indivíduo, es completamente inexacta. Si se quiere significar por "moral" lo propio que por "espiritual", esta equivalencia entre ambos conceptos (principalmente autorizada en el siglo pasado y reinante todavia, por ejemplo, en la contraposicion de las "ciencias morales" á las físicas) no puede corresponder al pensamiento de Ahrens. Pero, aun en el sentido de "espiritual", como opuesto á "físico", la distincion no es más exacta: pues, suponiendo que toda personalidad social carezca siempre de este ele-

muy diverso, más ó menos importante, y que consiste en la adquisicion y goce de cada particular bien moralmente lícito; pero que jamás falta donde quiera que obre aquel con conciencia y libertad. Ahora, puesto que nunca un acto conscio y libre puede concebirse prescindiendo totalmente de su fin, síguese ya que es una abstraccion viciosa en toda ciencia práctica, en la Moral ó en la Filosofía del Derecho, el prescindir del fin y elevar á principio la mera voluntad ó libertad, como han hecho Kant y otros: á la verdad, con grave daño de la ciencia y la vida. Ha de atenderse, pues, no á una simple manifestacion abstracta de voluntad ó libertad, sino á la posibilidad del pleno cumplimiento de los fines que la moral autoriza. Pero ningun fin en la vida humana puede ser cumplido sin determinadas condiciones que lo hagan posible. Hasta la realizacion de un fin subordinado, efímero, comunísimo, el pasear por ejemplo, todavia presupone la seguridad que presta la policía jurídica. El hombre, cuyos fines trascienden del momento presente inmediato, se encuentra diversamente condicionado en todas sus acciones éticamente lícitas. Ante todo se exige un órden comun, *social*, que, por una parte, nos garantice esa seguridad exterior, y en el cual hallen todos, por otra, *auxilio* de muy diverso carácter y grado para la prosecucion de sus fines.

Cierto que los lazos de la vida social tambien brotan de una tendencia innata en el hombre á la asociacion, al trato

---

mento físico (contra lo que, por ejemplo, acontece en la nacionalidad), no es *persona* el indivíduo por estar dotado de *cuerpo*, sino de *espíritu*, ó sea de conciencia y libertad *racionales*. La denominacion notada representa un grado superior al de aquel imperfecto sentido con que el derecho romano reputaba á las personas que llamaba "jurídicas" mera creacion de la ley (sentido de que todavia participa el ilustre Savigny en su *Sist. del Der. rom. actual*); pero dista aún de ser adecuada á la verdadera concepcion de esta clase de sujetos humanos.—(*N. T.*)

y al amor de los demás; pero siempre está enlazada esta tendencia con un sentimiento de insuficiencia, de limitacion y condicionalidad, del que surge la aspiracion á asociarse, completarse y unirse para su mútuo auxilio. Cuanto más se levanta la vida humana sobre las primeras fases de la civilizacion y se organiza por la division del trabajo en diferentes órdenes de actividad, tanto más damos y recibimos, en cambio constante de servicios, en contínua y mútua prestacion incesante de las condiciones necesarias para el cumplimiento de los fines de la vida, para la adquisicion de lo que cada cual estima preciso á su bienestar. Mas siendo la vida humana un organismo, así de personas íntimamente unidas, como de fines de vida que se entrecruzan y condicionan mútuamente, hay tambien un todo orgánico de condiciones que han de poner, para el logro de tales fines, las personas individuales y morales. Vale para tal prestacion la afirmacion fundamental, antes indicada, de que toda persona, individual ó no, en virtud de su propia causalidad, de su propia determinabilidad ó libertad, así como se propone inmediatamente sus peculiares fines de vida moralmente lícitos, así debe ante todo cuidarse de procurar las condiciones necesarias para que éstos se cumplan. Cada persona humana se halla, pues, inmediatamente reducida á sí misma y debe realizar, con esta propia accion, su moralidad, su propio Derecho y justicia. Ningun otro poder social, esté constituido como quiera, ni el Estado, ni otra corporacion, sea cual fuere, ha de sustituirse á la personalidad libre, ocupándose de intereses y llenando fines que deben abandonarse á la libertad y al esfuerzo de los indivíduos. Todo olvido de este fundamental principio traeria como consecuencia una parálisis de las fuerzas activas en la sociedad: pues precisamente en una sociedad ó Estado, en que el poder público lo hiciese todo por sí mismo, seria donde ménos se haria, porque los indivíduos

lo esperarian todo de dicho poder y nunca empezarian á ensayar y robustecer sus propios medios.

Por la prestacion de tales condiciones, se consigue completar la personalidad humana y su vida, y extender la esfera de su actividad; lo cual se verifica de diverso modo y en diverso grado ó potencia.

La persona humana ha de completarse ante todo en la esfera natural por medio de las *cosas*, que subordina á su imperio de distinta manera, especialmente como propiedad, para el cumplimiento de los fines racionales-sensibles de su vida: el todo de condiciones, de que depende el imperio (total ó parcial) de una persona sobre una cosa, forma el *Derecho real* ó *en las cosas*. Pero se completa la personalidad ulteriormente en los círculos pasajeros y constantemente mudables del comercio social, mediante los *actos* de las demás personas, recibiéndolos, ó por prévia *estipulacion* expresa de las mismas, ó por otra causa cualquiera y ensanchándose con esto la esfera de su vida y actividad: el todo de condiciones de que depende el poder de una persona sobre los *actos* de las demás, constituye el derecho *de obligaciones* (1), por el cual se adquieren sobre los actos de las personas, derechos que pueden luego recaer sobre cosas exteriores ó consistir en prestaciones personales (2). La esfera exterior del po-

(1) V. la concepcion análoga del derecho de obligaciones en SAVIGNY: *Sistema del Derecho romano actual (Syst. des heut. röm. R.)*; 1840, I. págs. 339, 364 y siguientes.

(2) Este concepto del derecho de obligaciones corresponde, como el autor mismo reconoce, al del ilustre jurisconsulto de la escuela histórica, segun el cual se distingue el llamado "derecho de bienes," bajo cuyo nombre se designa el relativo al fin económico, en dos esferas: derecho *real*, ó sobre cosas, y derecho de *obligaciones*, ó sobre actos ajenos: principio seguido sin razon por Ahrens. Pues el derecho que respecto de estos últimos tenemos no es siempre un derecho *patrimonial*, sino sólo en una de sus clases; y el tratado que corre con este nombre y que ha autorizado el mismo Savigny en el importantísimo

der (1) de la persona humana se determina en lo tanto jurídicamente por el derecho de las cosas y de las obligaciones, que forman las dos partes integrantes del *derecho de bienes*. Este poder exterior, no hay que olvidarlo, es en su mayor parte propiamente producto del poder interior, esto es, de las facultades, fuerzas y aptitudes del hombre, y debe ser empleado tambien, segun exigencias ético-jurídicas, en los fines morales de la vida.

Pero la persona individual no ha de completarse sólo en círculos sociales transitorios, sino tambien en otras asociaciones más permanentes, que pueden ser de dos especies: las unas, *puramente reales* ó *finales*, que prosiguen alguno de los fines particulares de la vida; las otras, *personales* y *que abrazan toda la vida* de las personas, como la familia ó la Nacion.

Las *sociedades finales* (compañías, corporaciones de distintos géneros) reflejan la division del trabajo social humano, segun la diversidad de los fines de la vida. Así como el indivíduo se integra ya transitoriamente en la esfera del dere-

libro (por desgracia incompleto) con que ha enriquecido la ciencia jurídica (*El Derecho de obligaciones*, 2 vol.), no pertenece por tanto á la parte especial de esta ciencia, sino á la general; hasta el punto de que el libro de Savigny deba en realidad considerarse más bien como una exposicion de la doctrina de la relacion jurídica.—Del error opuesto, á saber, de estimar la teoría de la obligacion como esfera *particular* de relaciones jurídicas, y no como el tratado *general* y completo de estas, nace, v. g., la consideracion del contrato como una institucion particular tambien, y no como uno de los hechos que engendran relaciones determinadas, (uno de los *modos* de adquirirlas, segun la terminologia comunmente aceptada); y otros semejantes, que en especial aparecen en el órden del llamado derecho civil.—(*N. T.*)

(1) La palabra alemana *Vermögen* equivale á *poder* y á *fortuna* ó *patrimonio*. Así es que la expresion *Vermögensrecht*, cuyo sentido es el de "derecho del poder exterior ó material", esto es, derecho respecto del todo de medios exteriores que nos corresponden, debe traducirse, segun la denominacion corriente, por *derecho de obligaciones*.—(*N. T.*)

cho de obligaciones mediante los actos de los demás, así un fin más ámplio y duradero no puede ser realizado sino por la actividad permanente de otros indivíduos, que se condicionan y complementan mútuamente al efecto: correspondiendo al derecho social determinar las reglas segun las cuales ha de cooperar cada miembro al fin comun.

Se completa la vida de los indivíduos de modo más permanente en la *familia* y en la *Nacion*, que, ordenada jurídicamente, constituye el *Estado* (1): pues cada cual pertenece por necesidad á una sociedad familiar ó nacional. Tambien el Derecho determina, para estas sociedades de toda la vida, las condiciones de subsistencia en general, y además, las que por una parte ha de prestar la sociedad, como persona total, á sus particulares miembros en vista del fin comun, y las que por otro lado han de prestar éstos de por sí para la conservacion de la sociedad y de las relaciones mútuas de su vida. Cada una de estas sociedades personales debe ofrecer á todos, mediante estas diversas condiciones, la posibilidad de cumplir su fin por medios moralmente lícitos y en virtud de su actividad propia y asociada.

Así se muestra el Derecho, con arreglo al concepto deducido y desarrollado, á una luz superior, en su verdadero carácter humano y su fin ético. No consiste, como supuso la escuela de Kant, por su concepcion parcial y deficiente, en la limitacion de la libertad de todos para el fin de la coexistencia comun; ni tampoco, como quiere Stahl, en la fijacion de los límites más exteriores para la libertad moral. Este fin negativo y limitativo entra sin duda en el Derecho, pero sólo muy subordinadamente; su fin positivo está en extender la esfera de libertad y actividad de todos, borrando en cuanto

(1) En el sentido de Ahrens no cabe entender que reduce el Estado al Estado *nacional*; sino que éste es llamado *hoy* por antonomasia el Estado, merced á causas prolijas de explicar.—(*N. T.*)

es posible los límites anejos á la finitud y condicionalidad del sér y vida del hombre. Todas las acciones y esfuerzos humanos tienen un único fin total, á cuyo cumplimiento deben atender, por lo tanto, todas las ciencias prácticas, cada una á su modo, y el Derecho especialmente de una manera positiva, la cual consiste en que se realice la vida humana en su mayor plenitud, merced á la cooperacion y complexion recíproca de la actividad de todos.

Con esto queda demostrada la verdad del concepto antes deducido, mediante un concienzudo exámen de las capitales esferas del Derecho positivo. De no reconocerla, seria preciso crear otra palabra para designar la relacion, prácticamente importantísima, de la condicionalidad de la vida. Pero instintivamente el lenguaje de los pueblos ha consagrado al concepto de esta relacion el término tan sencillo como significativo: *Derecho*, al modo como con la voz *moralidad* ha designado la accion por motivos internos, puros, absolutamente encaminados al bien. En el lenguaje de todos los pueblos cultos, se expresa con la palabra Derecho *(rectum, right, droit, pravo* en eslavo) (1) la tendencia en los actos ó rela-

(1) Las palabras *jus* y δικαιον expresan otros elementos constitutivos del concepto del Derecho. IHERING, *Espíritu del Der. romano (Geist des röm. R.)*, I. p. 204, indica que segun POTT, *Indag. etimológicas sobre las lenguas indogermánicas (Etym. Forschungen auf dem Gebiete der indogerman. Sprachen)*, 1853, I. p. 213, la palabra *jus* procede de la raíz sanscrita *ju*, unir, de la cual provienen tambien *jugum*, la alemana *Joch* (yugo), *jumentum*, *jungere*, y multitud de otras voces de estos idiomas, designando *jus* por lo tanto el lazo, lo que junta. "Es interesante, añade IHERING, la diferente expresion griega y romana del concepto del Derecho. Ambas lenguas se sirven para este fin de raíces diversas, que en cada una de ellas se ofrecen igualmente: la griega, de la raíz *dic* (δικη) señalar, indicar, de que provienen en la latina *dicere*, *digitus*, etc.; y ésta, de la radical *yu*, de que se deriva en aquella ζυγον *(jugum)*. La voz griega corresponde á la nuestra alemana *Weise* (manera (*a*), modo, forma, y tiene

(*a*) Como la voz francesa *guise* y la española *guisa*.—(*N. T.*)

ciones á sujetarse y adecuarse á un fin; denota, pues, la conducta en determinadas relaciones de la vida ajustada á un fin lícito; en suma, es la direccion final ética de los actos humanos. Lo cual implica, por consiguiente, que todos estos y las relaciones de la vida del hombre han de referirse entre sí de tal suerte, que tanto se *limiten* unas á otras proporcionadamente, como se favorezcan de un modo *positivo*. Relativamente á la moralidad y al bien, exige el Derecho que no se practiquen subjetivamente tan sólo, con pura intencion interior; sino objetivamente tambien en las *relaciones debidas*, á *su tiempo*, en el *lugar conveniente*, y por los *medios lícitos*; en suma, bajo las condiciones diversas de la vida.

Esta deduccion del Derecho deja ver completamente claro su enlace interno, así con el bien objetivo y los particulares

---

como ésta la doble significacion de "modo y manera" y de "norma, regla" (como en aleman *Gesangweise*, modo de canto). Δίκαιος es, segun su primitivo significado, el que sigue el modo y la forma, el hábil *(der Artige)*. El elemento esencial en que descansan ambas acepciones es el de modelo, muestra, ejemplo, tipo; del modelo (lo precedente), se llega al uso, costumbre, Derecho. A este sentido ético del Derecho aluden las frases: "ese no es modo; no son modos, no son maneras." Ya vimos antes, al deducir el concepto del Derecho, que éste expresa un modo, una forma del bien en la conducta. El bien, como lo adivina el instinto y sentido interno popular, es el modelo que se nos ofrece en nuestra conciencia, y las formas que recibe al realizarlo en la vida, son la moralidad y el Derecho.—Segun Ihering, *lex* y *jus* se refieren en esta forma: expresa la primera el fundamento del Derecho, el acto de la imposicion *(lex* se enlaza mediante la raíz *leg* con la voz alemana *legen* (poner), y sus derivadas *auferlegen* (imponer, mandar) y *Obliegenheit* (imposicion, mandato); y *jus* significa por su parte el resultado, el acto permanente de la obligacion. A esto parece corresponder la concepcion subjetiva del Derecho en la legislacion romana: pues se origina éste de una posicion voluntaria, *lex*, que primordialmente tanto significa pacto como ley, segun lo indican las expresiones *lex commisoria*, *vendere hac lege*; sólo en otras ramas de la estirpe indogermánica (la griega y la germana, por ejemplo), ha subsistido ó se ha hecho predominante la concepcion objetiva del Derecho.

bienes de la vida cuyos fines constituyen su contenido, como tambien con la moralidad subjetiva, con el bien moral por consiguiente. Moralidad y Derecho se ofrecen, pues, como las dos (1) formas ó modos de realizarse el bien en la vida humana, distintas en sí mismas, pero que se exigen y completan mútuamente. Son ambas, por lo tanto, *ramas* de un tronco superior comun, *la ciencia del bien y de su realizacion en la vida*, á que se dá hoy en general el nombre de *Ética* (2),

(1) Son dos formas, pero no las *únicas*. Así, v. gr., el arte (en su pleno sentido, no como arte *estético)*, la religion, la belleza, son tambien formas de la vida.—(*N. T.*)

(2) La *Etica* (de ηθος, εδος, del verbo εζω, poner, que significan lo puesto, y expresan, como εδος por ejemplo, tanto el sitio, la morada *(Sitz, Wohnsitz)*, como la costumbre *(Sitte)*, el hábito ha recibido en los sistemas filosóficos acepcion ya lata, ya estricta. Los antiguos, Platon, Aristóteles y los estóicos, designaban con ella en general la ciencia entera de la conducta de la vida, toda la filosofía práctica. En el latin de la Edad media, se emplea con frecuencia en vez de *Ethica* la expresion *philosophia moralis*. Cuando se empezó á distinguir mejor, sin separarlos con todo, el Derecho natural y la Moral, fué estimada la *philosophia moralis* (por ejemplo, en muchos escritos de la escuela wolfiana) como la base comun del Derecho natural y de la Etica, concebida como doctrina de la virtud (así por ejemplo *philos. moralis institutiones, jus naturae ethicam et politicam complexae; Bruxellis* 1789). Kant separó á la verdad la Etica, que consideró como el puro tratado de la virtud, del Derecho natural; pero desenvolvió éste y aquella como partes ambas de la "ciencia moral" en su *Metafísica de las costumbres*. Modernamente, se ha concebido la Etica por el contrario como la ciencia superior comun, dividiéndola los más en el tratado de los bienes y de la virtud, y el de los deberes; lo cual es, sin embargo, incompleto é inexacto, pues á la doctrina de la virtud se contrapone inmediatamente la del Derecho (*a*), y la de los deberes se refiere á ambas. Entendida como se debe, es la Ética, en cuanto trata de la realizacion del bien en todos los respectos y en conformidad con todas las relaciones de la vida, la *ciencia de la sabiduría de esta*.

(*a*) ¿No es la justicia una virtud, acaso? Esto no obsta para que la crítica de esta nota valga para aquellos que, como por ejemplo Fichte (padre), distinguen entre las que llaman "teoría de los derechos" y "teoría de los deberes," cual si estos no tuviesen lugar en la Ciencia jurídica igualmente que en la Moral; y cual si el egoismo y la abnegacion fuesen las características respectivas de ambos órdenes.—(*N. T.*)

que es preciso no identificar con la ciencia más limitada de la Moral, esto es, con la doctrina de la moralidad y la virtud. Pero el Derecho, como la Moral, es una ciencia ética *formal*, que presupone siempre la ciencia ética material del bien y bienes de la vida: siquiera los principios de ésta entran más bien como postulados en la jurídica. Pero sin el apoyo y referencia á la doctrina del bien, de los bienes y los fines de la vida, seria la Ciencia del Derecho una ciencia sin fondo, abstracta, que sólo podria producirse en formas tan vacías como las que se han conservado por tanto tiempo en las teorías jurídicas abstractas, con daño del pensamiento y de la vida. Debe, por lo contrario, ser concebida como una parte orgánica de la Ética, y puesta en íntima relacion con las demás partes de ésta, tanto con la doctrina general (material) de los bienes, como con la formal de la moralidad y la virtud: pues que sólo mediante ellas llega á tener fondo, fin y fundamento reales.

### D.—*Relacion del Derecho con la moralidad* (1).

Si, finalmente, consideramos más en especial la relacion del Derecho con la moralidad, veremos que en lo fundamental está ya dada con entera claridad en la deduccion general ética. Así como el concepto del bien constituye el fondo comun de la moralidad y el Derecho, así cada accion, esto es, cada exteriorizacion de la voluntad en el mundo sensible debe ser mirada bajo dos aspectos: de un lado, el de sus *motivos* internos, los cuales tocan á la moralidad; y de otro, el de la *finalidad real* de la accion, que es el elemento esencial del Derecho. La moralidad, que considera al acto segun el

(1) Véase más extensamente en mi *Filosofía del Derecho*, ed. al. de 1857, págs. 276-283.

motivo interno que lleva al sujeto á producirlo, es por consiguiente la *forma subjetiva;* el Derecho, la *objetiva* de la realizacion del bien. Yérrase, por tanto, de medio á medio al admitir que puedan darse acciones puramente morales ó exclusivamente jurídicas. Todo *acto* tiene á la vez un aspecto moral y otro jurídico; exceptuando por supuesto los puros estados interiores, las inclinaciones permanentes y virtudes, que corresponden sin exclusion alguna á la esfera moral. Así, es moral ante todo un acto de gratitud ó benevolencia; pero, al exteriorizarse, toma á la vez carácter jurídico, pudiéndose preguntar entonces si traspasa ó no los límites del Derecho. De aquí, el ordenar con justicia las leyes positivas que sean revocables, al ménos hasta cierto punto, las donaciones, cuando exceden de la legítima del heredero necesario, ó se encuentra menesteroso el donante, etc.; como por otro lado autorizan la revocacion por motivos morales: la ingratitud, por ejemplo, del donatario.

A la verdad, se puede y debe *prescindir* en casos determinados de los motivos morales que no caen en la esfera de la *apreciacion* exterior. Tal sucede en todos los actos que tocan exclusivamente á la vida privada, al propio interior círculo de accion de una persona: pues ésta exige como tal se le asegure moral y jurídicamente una esfera de libre disposicion y soberanía, en la cual, sin sujecion á un tribunal exterior puede proseguir los fines que quiera y en la forma moral y jurídica que le plazca, con sólo atenerse á las generales que prescribe el Derecho. Esta esfera la determina el derecho privado, que no consiente, por ejemplo, se pida cuenta á nadie de los motivos morales ó de los fines que se propuso al contratar ó adquirir propiedad, como tampoco en general del empleo á que la consagra: son estos asuntos privados, que debe regir con libre determinacion cada persona. Y como la antigua ciencia del Derecho natural se ha modelado en su

mayor parte por el positivo y sobrado exclusivista de los romanos, ha querido erigir como regla que el Derecho debe prescindir absolutamente de todos los motivos morales. Lo cual en general es falso, pues por una parte es necesario en el mismo derecho privado, especialmente donde ocurre perjuicio de tercero, tener presente determinados elementos morales, como la *culpa*, el *dolo*, etc.; y por otra, en una importante rama jurídica, el derecho criminal, jamás se atiende al mero acto exterior, sino que es preciso tener en cuenta los móviles y determinaciones internas morales con que ha sido ejecutado. Ni son ménos de tomar en cuenta en el derecho público (tratándose de actos y manifestaciones de este carácter, cuando no ocurren aisladamente, sino que se ofrecen con gran extension y dejan ver que se han torcido los sentimientos en una direccion cualquiera) ciertos criterios y reglas, ya generales, ya particulares, encaminados á aquel fin, así como es preciso atemperarse tambien ante todo al estado y cultura moral de cada pueblo, al establecer la norma de su constitucion y régimen administrativo. La verdad está sólo en la afirmacion, antes hecha, de que el Derecho no ha de inquirir ante todo las intenciones, sino que debe limitarse á *examinar* la ocasion y fundamento, base de actos externos, y en determinados casos á sus motivos morales, que ha de *tomar en cuenta* para la formacion del juicio jurídico (1).

(1) La visible vaguedad de estas consideraciones, depende de que Ahrens estima al Derecho: 1.°, sólo como relacion social, si bien espiritual y ética; 2.°, como sometido siempre y en todo su contenido y sus esferas á la autoridad de los poderes públicos del Estado; olvidando al determinar como á cada persona corresponde un círculo privado de libre actividad exterior, decir resueltamente si el contenido de ese círculo, sustraido á la accion é intervencion del magistrado público, pertenece ó no sin embargo al Derecho. Quizá ninguna expresion puede dar más fiel idea de su sentido que la que usa en la página 42, nota, en que define á aquel como "el *mútuo determinarse* unos á otros:" con lo cual podria dar acaso á entender que estima ser el De-

Como el Derecho es propiamente objetivo y no puede esperar á que lo que debe hacerse se haga tambien de buena voluntad, autoriza la *coaccion* en muchas relaciones. Tambien se ha tomado con error manifiesto á este elemento coercitivo del Derecho por su nota general característica, creándose con esto toda una teoría de las diversas especies de coaccion, preventiva, ejecutiva, indemnizadora y represiva (1). Pero á lo que hubiera debido atenderse exclusivamente para la distincion de lo moral y lo jurídico es á lo que sea *susceptible de coaccion en sí mismo*, y por lo tanto *inmediatamente;* en

---

recho relacion bilateral y recíproca, al modo, por ejemplo, de Fichte y Proudhon.

Verdad es que ninguna teoría que, más ó menos explícitamente ponga la distincion entre la moralidad y el Derecho en que éste se refiera al contenido material (*objetivo*, como dice el mismo Ahrens) del hecho y aquella á la intencion subjetiva, podrá ser consecuente, clara ni precisa: ¿cómo excluir, v. gr., la intencion de la esfera del Derecho penal? El buen sentido del autor así lo reconoce en el texto, como en otros casos. Y si se hubiese atenido al principio á que parece inclinarse, á saber, que *siempre* el acto moral interesa en el Derecho (pues si no, ¿á qué incluir éste en el órden ético?) en cuanto sirve para la cualificacion de hechos exteriores y sociales, ¿cómo sustraer entonces tantas relaciones delicadas á la accion del poder público, cuyo imperio, segun Ahrens, se extiende á toda la esfera jurídica?

Considerando al Derecho como una relacion interna, y tan individual como social, y reduciendo la accion de los poderes públicos á una esfera *particular* en el órden entero jurídico social, gran parte del cual excede de aquel límite, habria evitado el autor la vaguedad antes notada.—Röder, en sus *Principios de Der. nat. (Grundzüge des Naturrechts)*, ha reconocido esta esfera interna del Derecho, segun el precedente señalado más en particular por Leibnitz y Krause y al cual no ha dejado de contribuir tambien en cierto modo la escuela teológica.—(*N. T.*)

(1) Tambien Falk hace notar en su *Enciclopedia*, 4.ª ed., pág. 53, que en realidad sólo las dos primeras especies de coaccion caben en el concepto de ésta. Virozsil observa por su parte (*Enciclopedia*, página 56) que manifiestamente hay derechos que no permiten coaccion de ningun género, y son, sin embargo, derechos perfectos. Lo propio afirman Anne den Tex y otros.

cuyo caso, no se habria podido admitir más que una especie de coaccion, la ejecutiva, aplicable sin duda sólo á aquellas relaciones jurídicas donde cabe llevar la ejecucion sobre las cosas mismas, objeto de las prestaciones. Cuando éstas son personales, servicios que ha de hacer un sujeto cualquiera, no se concibe en ellas absolutamente coaccion alguna inmediata, hasta el punto de que, si no se cumplen, no há lugar á otra cosa que á un sucedáneo: la indemnizacion, ó la pena. Hay además relaciones jurídicas, en que no es dable pensar coaccion de ningun género. Tal ocurre en el adulterio, que sobre ser una inmoralidad, es además una injusticia, pues que lesiona una condicion esencial de las relaciones conyugales: en él no hay coaccion posible, y sólo cabe la disolucion del matrimonio ó la separacion de los cónyujes, á peticion de la parte ofendida.

Con semejante teoría de la coaccion, se han cerrado los pensadores de antemano el camino que conduce al reconocimiento del verdadero concepto del Derecho, cuya base han puesto en ella, procurando ampliarla todo lo posible y estrechando á la vez, por consiguiente, la esfera jurídica hasta tal punto, que de hecho la traspasan todas las legislaciones positivas, las cuales lo conciben en realidad harto mejor que estos sistemas de Derecho natural.

Donde se muestra especialmente la relacion interna del Derecho con la moralidad, es en que, por una parte, esta abraza dentro de sí todos los deberes jurídicos, que eleva á morales, al exigir sean cumplidos con intencion ética; y en que, por otra, nada inmoral prescribe el Derecho, ni autoriza pretension jurídica alguna sobre ello (1). Supónese, por el

(1) De aquí el haberse llegado en el Derecho positivo, tomando ejemplo del romano, á estimar como imposible (moralmente) toda pretension á cosa éticamente ilícita. PAPINIANO, que dió con su vida testimonio de esta verdad, al preferir dejarse matar por Caracalla á de-

contrario, frecuentemente que el Derecho puede permitir algo que la Moral condena, y así decian tambien los romanos: *non omne, quod licet, honestum est.* En lo cual se expresa la verdad antes afirmada, á saber: que cada persona puede en su esfera privada individual hacer de sus derechos un uso completamente arbitrario y hasta inmoral, sin tener que someterse al fallo jurídico de un tribunal exterior. No es, sin embargo, el término «permitir» completamente apropiado, pues indica una relacion positiva del Derecho con lo inmoral, que en realidad no existe. En todo caso, la aspiracion final de una Ciencia ética del Derecho es que todos se penetren de la obligacion fundamental en que se encuentran de usar moralmente, ante Dios y ante su conciencia, de su derecho, aun en la esfera privada; tanto más, cuanto que todo empleo inmoral que de él haga (v. gr., en el derecho de propiedad, la disipacion de su fortuna) lleva por lo general á una injusticia contra sí propio y contra los demás, por lo cual autorizan tambien las mismas leyes positivas, fieles en esto á un mejor concepto del Derecho, una intervencion jurídica.

---

fenderlo ante el Senado en el asesinato de su hermano, dice en el §. 15, D. 28, 7: Quae facta laedunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram et, ut generaliter dicam, contra bonos mores fiunt; nec facere nos posse credendum est.

## CAPÍTULO II.

### EXPOSICION DE LOS ELEMENTOS CAPITALES CONTENIDOS EN EL PRINCIPIO DEDUCIDO (1).

Es el Derecho, en su más alta idea, un órden particular de la vida, establecido por Dios en el régimen del mundo, y que exige del sér racional finito que determine sus relaciones, las cuales se condicionan mútuamente, en adecuada conformidad de unas con otras, para el fin de la plena realizacion del destino comun. Supremamente, el Derecho es un atributo de la Divinidad misma (2), que dirije como providencia viva y conscia de sí propia toda vida particular, y gobierna y ordena las relaciones del mundo y de los séres, de tal suerte, que hace posible á todo sér racional cumplir los fines morales de su vida individual y social con iniciativa relativamente libre y personalmente responsable. Por lo cual viene á ser el Derecho una direccion de la vida, que arranca de Dios y penetra en todo lo bueno, debiendo servir de modelo para la conducta de los séres limitados. Mirado desde el punto de vista de la naturaleza humana, aparecen en el Derecho los elementos capitales siguientes:

1. El Derecho tiene su *fundamento* en la finitud y condi-

(1) Véase con mayor desarrollo en mi *Filosofía del Derecho*, 4.ª edicion (al.), págs. 250-276.

(2) V. mi *Filosofía del Derecho*, págs. 284-289.

cionalidad del hombre (1) siendo inseparable de estas propiedades (2). No es, pues, una direccion ó un órden transitorios, que pudieran desaparecer, llegado que hubiesen la vida y la moralidad á un grado superior. Tal opinion, en que se apoyan las más de las teorías jurídicas, procede sobre todo del carácter coercitivo que con grandísima parcialidad y estrechez se atribuye como esencial al Derecho, carácter que repugna positivamente á la esfera moral del hombre. Pero la coaccion, sobre subsistir en parte tan sólo para hacer posible la efectuacion del Derecho en los casos en que los hombres no lo realizan por su propia voluntad, tampoco es aplicable sino en una determinada esfera, á saber, en la que abraza las relaciones jurídicas fundadas en los bienes, en la fortuna de las personas (3): pues en la que comprende las relaciones

(1) Esta concepción del Derecho, como fundado en nuestra limitacion individual, es característica de toda la llamada escuela naturalista del Derecho, y es extraño que Ahrens, á quien tan severa y frecuentemente tan luminosa crítica se debe de aquella, coincida con su mismo punto de vista en esta como en otras ocasiones. La escuela teológica, en general, tampoco ha salido de esta reducida esfera, ni es posible otra cosa, mientras conciba el órden jurídico (ya por entero, ya el humano tan sólo) como destinado á suplir la imperfeccion radical de la voluntad, á consecuencia de la caida de nuestros primeros padres, y á contener y reprimir sus excesos mediante la fuerza. En principio, toda doctrina, sea cualquiera su intento, su punto de partida y su método, que considere al Derecho como fundado en nuestra limitacion, debiera por necesidad atribuirle carácter puramente social, poner en la coercibilidad exterior su nota distintiva y caer, en suma, á ménos de carecer de la conciencia de su propio principio, en todas aquellas consecuencias que con razon censuran al formalismo kantiano muchos de los mismos que sólo á expensas de la lógica logran evitarlas.—(*N. T.*)

(2) Así dice SAVIGNY tambien (*Sistema del Derecho romano actual*, t. I, pág. 331): "La necesidad y existencia del Derecho es una consecuencia de lo imperfecto de nuestra condicion: imperfeccion, no meramente accidental, histórica, sino inseparablemente unida al grado actual de nuestra existencia."

(3) La coaccion alcanza tambien á las personas, por ejemplo, en el

jurídico-morales, donde predomina el último elemento (v. gr., en las matrimoniales), no tendria sentido alguno. Antes bien, el Derecho tiene su verdadera aplicacion donde quiera que viven asociados séres racionales finitos, cuya vida se condiciona mútuamente, ordenando y dirigiendo Dios, segun Derecho y justicia, todo el mundo espiritual.

2. El *fin* del Derecho es, como ya se dijo, la *perfeccion* del hombre y la sociedad humana, mediante el recíproco apoyo y complemento que se prestan unas á otras las personas jurídicas. La limitacion y condicionalidad inherentes á nuestro sér deben ser salvadas en lo posible merced á la posicion de las condiciones exigidas para una vida moralmente buena. Ha de perfeccionarse lo finito, completarse lo limitado, y elevarse lo condicional, en cuanto quepa, á la plenitud de un todo cerrado en sí propio y que se baste á sí mismo. Por lo cual, el supremo fin del Derecho es la perfeccion, la plenitud, como ya Leibnitz lo declaró el primero determinadamente en su principio del perfeccionamiento *(justum est, quod societatem ratione utentium perficit)*, el cual guia como término comun lo propio á la Moral que al Derecho.

3. El *fondo* ó contenido de éste lo constituye el *bien*, que ha de ser realizado en la vida, y que, para el sentimiento del hombre, aparece como *felicidad* (1). Organízase este bien uno en los bienes particulares correspondientes á los fines de la vida antes declarados, condicionándose todos ellos mútuamente. Tiene, pues, el Derecho siempre por objeto un bien,

---

Derecho penal, en el de defensa, privada ó pública (v. g., en la guerra ó en la custodia del órden exterior social contra las agresiones injustas), etc.—(*N. T.*)

(1) *Wohl* viene á significar, no el bien en sí mismo (*Gut*) sino en su estado y goce para el sujeto: *felicidad, bienestar, utilidad, beneficio, provecho*, etc.—(*N. T.*)

la aspiracion ó prosecucion de algo provechoso, así para el indivíduo como para la sociedad. No hay, por tanto, derecho sin fin ni utilidad. Bienestar y Derecho no se oponen por consiguiente en modo alguno, antes se refieren necesariamente uno á otro. No hay Derecho sin un fin útil de cualquiera especie: como toda felicidad, á su vez lo es en las formas del Derecho y la moralidad. De aquí que haya de regirse el Derecho por el bien y lo útil, y tender siempre á ello.

Realmente es el Derecho una parte del bien, pues éste abraza á *todo* lo *esencial* que ha de ser realizado en la vida; pero es, sin embargo, el Derecho sólo un bien *formal*, lo mismo que la moralidad, constituyendo ambos dos formas ó modos de realizarse el bien (pág. 51), que en la moralidad se cumple sin condicion alguna, y en el Derecho bajo las relaciones mútuamente condicionales de la vida. Tambien Leibnitz y su escuela vieron en el concepto del bien el propio objeto ó fondo del Derecho; sólo que no señalaron con toda determinacion las dos formas de aquel, ni las distinguieron como correspondia. Análogamente definieron la Ciencia del Derecho los jurisconsultos romanos, educados en la filosofía griega, como el *ars boni et aequi* (1): convencidos de

(1) La definicion es de CELSO, uno de los jurisconsultos más eminentes de la escuela de los Proculeyanos, que vivió hácia el año 100 de J. C. (Véase acerca de él á PUCHTA, *Instit.*, 1853, t. I, pág. 455). Ulpiano lo cita en *pr. D. de just. et jure*, t. I: *Juri operam daturum prius nosse oportet unde nomen juris descendat. Est autem a justitia appellatum, nam* (*ut eleganter* CELSUS *definivit*) *jus est ars boni et aequi*, §. 1. *Cujus merito quis nos sacerdotes appellet. Justitiam namque colimus, et boni et aequi notitiam profitemur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos..... efficere cupientes: veram* (*nisi fallor*) *philosophiam, non simulatam affectantes*. Tambien el primero de los sabidos tres preceptos del Derecho (§. 3, *J. de just. et jure: Juris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*) expresa un elemento á la vez moral, toda vez que en lo *honesto* se une al obrar rectamente un sentimiento ético, único que hace *honrado* al hombre.

que el fin del Derecho es la realizacion del bien, en cuanto ajustado á las relaciones concretas (*aequum*—el προςηκον de Platon). Lo cual se justifica tambien por las esenciales exigencias que establece el derecho romano en muchas relaciones personales, como condiciones, por ejemplo, de la buena relacion conyugal, paternal y filial, de la buena tutela y curatela, etc.; como á su vez por muchos elementos éticos, *bona fides,* dignidad, etc., que pide concurran para alcanzar determinados beneficios jurídicos. En general, todo el derecho personal, real y de obligaciones no es esencialmente otra cosa que la doctrina de las condiciones de que dependen, en el primero, la conservacion, empleo y proteccion de los bienes de la vida, tales como la salud, la libertad, la honra, etc.; en el de las cosas, la adquisicion, empleo y defensa de los bienes que ellas constituyen, la propiedad y otros derechos reales; y finalmente, en el de obligaciones, el cambio y comercio de bienes, ora de cosas, ora de servicios. Las teorías jurídicas modernas, abstractas y subjetivas, han perdido de vista ciertamente, lo propio que la Ciencia del Derecho positivo, el concepto del bien y los bienes ó la felicidad (1); sin

(1) Al concepto de felicidad responde tambien en muchos casos la doctrina establecida en el Código territorial prusiano, influido aún por la filosofía jurídica de Leibnitz y Wolf. Así dice en su primera parte, introd., §. 83: "Los derechos generales del hombre se fundan en la libertad natural de poder buscar y perseguir su propio bienestar, sin lesion del derecho ajeno."—PUCHTA afirma tambien en sus *Pandectas*, 1852, §. 21: "El fin del Derecho es la prosecucion de la felicidad humana; ésta es por tanto un principio del Derecho;" pero es insuficiente la indicacion que hace del modo en que éste cumple tal fin, cuando añade: "el Derecho sirve á la prosecucion del bien humano del modo que le es propio, esto es, estableciendo la igualdad sobre las diferencias individuales entre los hombres y sus relaciones. No es por lo tanto el bien del individuo, sino el de la sociedad, lo que constituye el fin inmediato del Derecho." Ya ULPIANO contradice esto último, al dividir al Derecho en público y privado: *sunt enim*

reparar que es, sin embargo, el *principio real de conducta*, la *norma* y *regla* supremas para todas las relaciones jurídicas, las cuales no cabe construirlas independiente y sustantivamente con principios jurídicos puramente formales. Pero siendo el Derecho en sí mismo sólo un modo de producirse el bien en la vida, y la moralidad otro de estos modos, preciso es que uno y otra se den íntimamente penetrados. Ningun órden jurídico podria subsistir por sí sólo y su mero poder coactivo, si no existiese un sentido ético del Derecho, si no hubiese rectitud en los miembros que lo constituyen. Pues si el motivo de obrar fuese sólo la coaccion, el temor de mayores daños ó de una pena; si, cuando ménos en la mayoría de los casos, lo que es justo no se hiciese sólo por serlo, porque es bueno, perderia seguramente el órden jurídico el núcleo de su vida, su estabilidad y consistencia. Pero, así como la moralidad hace que sean los sentimientos verdaderamente justos, así debe elevar al hombre, sin daño de sí propio, de su personalidad, sobre su egoismo; de suerte que el Derecho puede, con el progreso de la moralidad, ir ensanchando el círculo de aquellas instituciones jurídicas que, segun acontece con muchas, se mantienen, no por la coaccion, sino por el sentido moral.

4. Pero el bien y los bienes, así en lo tocante á su fondo como en lo que respecta á sus formas, moralidad y Derecho, se realizan en la sociedad humana *gradualmente*, en la medida de todo el estado de su cultura psíquica, y aparecen, por tanto, en cada momento dado, en cada época, íntegramente

---

*quaedam publice utilia, quaedam privatim.* Y en realidad toca al Derecho determinar las condiciones bajo las cuales tanto pueden perseguir los indivíduos su provecho libre y autonómicamente (Derecho privado), como aspirar las sociedades, en la mútua cooperacion de todos sus miembros (Derecho público) á realizar el bien de la total unidad orgánica que constituyen.

expresados de una vez en las llamadas *costumbres* (1). Son estas la expresion efectiva, mudable sin duda, pero permanente no obstante cierto tiempo, del modo y manera como un pueblo concibe el bien y los bienes de la vida, y determina ésta segun tal concepto: representan la afirmacion viva del estado (2) fijo y constante en límites de tiempo, de todo el *ánimo* en punto al bien, la moralidad y la justicia, no meramente, pues, el estado del conocimiento, de la voluntad ó del sentimiento; constituyendo, por consiguiente, el punto histórico de enlace de lo pasado con lo futuro, pues que no dejan á la tradicion irse trasformando, sino contínua y gradualmente. Las costumbres son ante todo, en la esfera completa del bien, costumbres totales, que se diversifican luego, segun los diferentes bienes de la vida, en costumbres religiosas, morales, jurídicas, etc. Por lo cual, el Derecho ha de atender inmediatamente, en cada uno de sus órdenes é instituciones, primero, á la *costumbre total* del pueblo, y luego tambien á sus costumbres jurídicas, tales como se revelan en su idea y sentimiento de lo justo, en sus actos y prácticas. El Derecho, por tanto, ni debe anticiparse precipitadamente, ni tampoco quedarse retrasado respecto del estado de cultura moral, que constantemente se va mejorando, gracias al influjo ejercido por el progreso de las ideas sobre los sentimientos, los cuales propenden de suyo á cier-

(1) Sobre las *costumbres* y su significacion ética, véanse mayores desarrollos en mi *Filosofía del Derecho*, pág. 215. La Ética, sobre la base de la doctrina de Krause, ha empezado á exponerla de un modo muy interesante el profesor Schliephake en el trabajo que ahora vé precisamente la luz pública, intitulado: *Las bases de la vida moral; ensayo para concertar las teorías contradictorias sobre la Ética.*— Wiesbaden, Kreidel, 1855.

(2) *Sitz* (asiento) y *Sitte* (costumbre) son conceptos tan afines en aleman, como lo son en griego las voces εδος, y ηθος que les corresponden.

ta fijeza y apego á la tradicion: resultando de la cooperacion de ambas fuerzas del espíritu un perpétuo impulso, que lleva á la voluntad á la formacion de nuevas costumbres. Puede y debe el Derecho, por consiguiente, establecer para el mejoramiento de las ideas y sentimientos del pueblo, principios, afirmaciones fundamentales, que excedan de sus actuales costumbres, pero que se enlacen con ellas como su punto de apoyo, en una ú otra direccion, manteniendo así una continuidad, que es condicion para todo duradero progreso.

5. Ofreciendo la sociedad humana, al par de su unidad suprema, variedad de personas, fines, fuerzas y direcciones que mútuamente se condicionan y completan, la realizacion del bien en general y la prosecucion consiguiente de los bienes particulares engendran necesariamente *relaciones* múltiples, en que las personas físicas y morales se unen con otros séres por diversos lados y tendencias de su actividad y su vida. Al Derecho toca tambien ordenar y regir determinadamente tales relaciones. Tienen de comun todas ellas, inmediatamente, el darse entre personas para un fin, consistente en un bien personal ó real; difieren luego, segun la diversidad de los fines capitales humanos, antes ya declarados: habiendo, por lo tanto, relaciones religiosas, científicas, estéticas, industriales, morales y jurídicas. Pero, á causa de la suprema unidad de todo bien, hay que abrazar cada una de estas relaciones en todos los aspectos esenciales, de tal suerte, que ha de ser concebida ante todo *religiosamente*, esto es, bajo Dios; indagada luego con toda profundidad por *la ciencia;* informada y realizada despues, mediante el *arte* bello ó útil; recibida con pura intencion como un bien, y para promover el bien en general, por la *moralidad*, y regida, finalmente, por el *Derecho*, segun la plenitud de sus condiciones. Ofrécese, pues, cada relacion en tantos aspectos, cuantos son los fines principales, esto es, las esenciales

direcciones de la actividad humana en la realizacion del bien. Por lo cual, el Derecho es *un* aspecto no más, y aspecto *formal* de toda relacion de la vida. En cambio, no se dá relacion alguna que no esté condicionada en un respecto cualquiera por la voluntad humana, y no deba, por tanto, caer en la esfera reguladora del Derecho: resultado á que en los tiempos novísimos ha llegado, si bien incompletamente, la escuela histórica, partiendo de una consideracion más exacta de la vida real de éste. A ella se debe que se haya empezado á distinguir con mayor precision en cada relacion jurídica dos elementos constitutivos, á saber: el *material* ó el *fondo* de la relacion misma, y el *formal*, ó sea el de *Derecho* (1). Pero, á pesar de la importancia de esta distincion, no ha pasado de la superficie del objeto: pues ni ha llegado á indagar la *esencia*, el fundamento y el contenido de la relacion real, ni á determinar en qué consiste la regulacion jurídica

(1) Se aproxima mucho á nuestro modo de ver en este asunto la concepcion de STAHL, quien distingue tambien la relacion de la vida real y la jurídica, considerando fundadamente á esta última como siendo la misma primera, pero vista desde el lado del Derecho (*Filosofía del Derecho*, 3.ª ed., pág. 294). Stahl ha indicado además la necesidad de concebir el *fin* interno, ó segun él prefiere decir, la *determinacion interna (Bestimmung)* de una relacion de la vida, como el verdadero principio que guie en la indagacion jurídica; si bien por atenerse á ese concepto demasiado vago, no desarrolla bastante este fin ético y deja tambien muy indefinido el concepto del Derecho. En muchos respectos (*Fil. del Der.*, 1.ª ed. t. II, pág. 147) parece haber sido el predecesor de Savigny y Puchta, los cuales sin embargo estimaron á su vez la diferencia entre relacion real y jurídica más bien con un estrecho sentido jurídico. Así dice SAVIGNY en su *Sistema del derecho romano actual*, t. I, pág. 333: "cada relacion jurídica particular aparece como un vínculo que media de persona á persona y que se determina por una regla de Derecho. Consiste esta determinacion en asignar á la voluntad individual una esfera, en que ha de obrar con independencia de toda otra voluntad extraña. De aquí que quepa distinguir en toda relacion jurídica dos elementos integrantes: primeramente, una materia, un fondo, esto es, la relacion real en sí misma,

de ésta; no siendo conocidos, por lo tanto, en sí mismos, ambos factores integrantes. El concepto de relacion real ó relacion de vida, sin más, no determinando su contenido, es una pura generalidad tan sólo, que no puede suministrar un principio más firme ni una guía más segura que las concepciones abstractas de la escuela del Derecho natural. Lo que importa reconocer en toda relacion es que siempre se mueve en ella el hombre como sér racional al intento de realizar fines racionales tambien de su vida, sean personales

---

y segundo, la determinacion jurídica de dicho fondo. Constituye lo primero el elemento de la relacion que podemos llamar *material*, el hecho nudo de la misma; y representa lo segundo su elemento *formal*, esto es, aquello en cuya virtud la relacion efectiva se eleva á forma jurídica.» Más estrecho es todavia el punto de vista de Puchta, que combatiendo en parte la doctrina sostenida por Savigny sobre las relaciones, pretende de nuevo que el Derecho, como tal, sea concebido hecha abstraccion de su fundamento (Véase PUCHTA, *Curso de Instituciones—Cursus der Inst.*, §. 21).—BESELER (*Sistema del derecho comun privado de Alemania—Syst. des gem. deutsch. Privatrechts*, t. I, pág. 20) sigue más bien á Savigny y en parte á Stahl, á quien acusa sin embargo de no estimar como cosa puramente del Derecho la institucion jurídica, y de haberse, por el contrario, limitado tan sólo á oponer la relacion real abrazada en el Derecho, á lo meramente efectivo, al hecho puro. THÖL ha sabido distinguir con mayor claridad (*Introduccion al derecho aleman privado—Einl. in das deutsche Privatr.*, §. 32), cuando afirma que: «las relaciones de la vida nacional constituyen lo efectivo, el fondo real á que luego se enlazan por virtud del Derecho (esto es, de las disposiciones jurídicas) facultades y obligaciones. A la totalidad del Derecho corresponde un incomensurable fondo de realidad efectiva; no de otro modo que á cada afirmacion particular jurídica un hecho que le sirve de base.»—Todas estas opiniones, sin embargo, están penetradas de un error fundamental, que consiste en reputar las relaciones de la vida puramente como hechos nudos; cuando deben ser concebidas en realidad bajo tres aspectos, á saber: cómo fueron (*históricamente*), cómo son y subsisten al presente en forma de costumbres (en su *efectividad*), y finalmente cómo *deben* ser y organizarse segun las exigencias ético-racionales (*racionalmente*).

Los sucesores de Stahl se han limitado, como él, á señalar sólo el

ó reales. Tales fines son, por consiguiente, los que deben constituir la norma reguladora de la relacion. El Derecho es ciertamente, como lo ha reconocido la escuela histórica, una regla *formal;* pero no es gran cosa lo que de este reconocimiento se sigue, si no se fija el *cómo*, el modo y especie de la regulacion. La cual consiste en la determinacion que hace el Derecho de las condiciones con que puede ser realizado, en las diversas relaciones de la vida, el fin racional que reconoce dado en todas ellas.

Pero cada fin particular es siempre, tratándose de una

---

antagonismo entre el hecho y el Derecho, y así WARNKÖNIG (*Encicl. jur.—jur. Encykl.*, pág. 22) pretende oponer, sobre todo, lo jurídico como base *racional*, á lo efectivo como base *material*. Pero semejante teoría es toda ella deficiente, aun dentro del mismo Derecho positivo: pues seguida hasta sus últimas consecuencias, llevaria á confundir la institucion y la relacion de Derecho (véase más adelante) con el caso ó hecho jurídico. Cierto que siempre el hecho, lo efectivo, es la base material en el caso jurídico concreto; pero en una institucion, la propiedad, la obligacion, por ejemplo, hay además que concebir idealmente las relaciones *posibles*, y regularlas á lo ménos segun normas jurídicas dispositivas. Y en general, cada relacion de la vida debe ser considerada en todos sus aspectos *éticos:* el religioso, el moral y el jurídico; y esto, tanto *racionalmente* (en la Filosofía del Derecho), como *empíricamente* (en su historia pasada y actual) y como por último *racional-empíricamente*, en el arte de la vida y de la legislacion.

Recientemente, el profesor LEIST, en sus muy interesantes *Estudios civilistas sobre el análisis dogmático de las instituciones jurídicas romanas (Civilistischen Studien auf dem Gebiete dogm. Analyse röm. Rechts-institute*; Jena, 1854), ha querido fundar el "*verdadero método* en el estudio de la *naturaleza*, esto es, de las *relaciones efectivas de la vida*, que tienen sus reglas muy distintas de las del Derecho, y pueden ser llamadas, en lo tanto, preceptos, normas naturales." Los preceptos ó disposiciones jurídicas, opina el autor que son en su mayor parte mera sancion de aquellos, los cuales concibe casi como leyes físicas no más, al modo como lo era por los Romanos su *jus naturale:* de suerte que la naturaleza moral del hombre queda desatendida casi por completo. A ser este punto de vista el verdadero, fuera preciso convertir y volver la jurisprudencia á la enseñanza de ESPINOSA, quien, en su *Tract. theol. polit.*, ha desarrollado con extremada y ri-

vida racional, parte tan sólo del fin supremo y total de ésta; de aquí que cada relacion de la vida sea tambien una parte, un miembro de otra relacion más comprensiva y que toda relacion jurídica, por consiguiente, sea tambien á su vez parte de un todo superior. A lo cual se refiere la distincion hecha por los modernos jurisconsultos, aunque no con toda claridad y precision, entre *relacion* é *institucion jurídicas:* conceptos ambos de que hay que distinguir aún el de *caso jurídico*. La diversidad de opiniones que reina todavia sobre tales conceptos (1) tiene su raíz en que no han sido formados en vista de su enlace interno con las relaciones de la vida. Para proceder científicamente en la determinacion de los mismos, necesitamos caminar del todo á las partes, de lo supremo á lo subordinado.—La vida humana forma, como vimos, un organismo ó sistema de relaciones, en las cuales se expresan y exteriorizan sus propios fines. A este organismo corresponde, en tanto que ha de regirlo el Derecho, un ór-

---

gorosa consecuencia este *jus naturae*, llegando á sostener que los peces *summo* NATURALI JURE *aqua potiuntur et magni minores comedunt.* Si no ha de pasar cosa semejante en el mundo de los hombres, preciso es que lo natural se sujete á lo moral, ó conforme á lo ménos con ello; y al Derecho toca atender y dar apoyo y consistencia á tales relaciones éticas.—Los jurisconsultos más autorizados en la esfera del Derecho positivo advierten más y más cada vez la insuficiencia de las bases hasta ahora reconocidas, y presienten además, con mayor ó menor claridad, que de la teoría de las relaciones de la vida ha de venir el remedio á tales imperfecciones. Mas, para ello, ha de ser esta teoría abrazada en su total integridad, sin bastardearla ni viciarla, concibiéndola como teoría de todas las relaciones *esenciales* de la vida, las intelectuales, las éticas y las naturales. Lo cual no es asequible sin un estudio filosófico general y filosófico-jurídico especialmente, al que ha de ir íntimamente unido el conocimiento de las relaciones económicas, tan importante para la exposicion y desarrollo de las jurídicas que dimanan de la propiedad y los contratos: conocimiento tan desatendido en general por la mayoría de los juristas.

(1) V. STAHL, *Filosofía del Derecho*, 3.ª ed., pág. 239; BESELER, *Sist. del der. comun priv. de Al.*, pág. 18.

den jurídico, que, concebido científicamente como el total *sistema* del Derecho, se distingue luego en tantos órdenes especiales ó esferas, como fines esenciales hay; dando orígen á las diversas instituciones jurídicas, cada una de las cuales es, segun lo dicho, un todo particular orgánico de relaciones de vida, unidas inmediatamente entre sí y subordinadas á un fin comun, que es pues su norma.

Permanente como el órden uno é íntegro, de que es miembro, es la *institucion* jurídica un órden particular, interior y subordinado á aquel; constituye el fundamento y la posibilidad de la correspondiente informacion real de las relaciones efectivas, subsistiendo por lo tanto como elemento esencial, si bien progresivo, á través de las formas mudables é históricas. Así son, por ejemplo, instituciones jurídicas, por referirse á fines humanos permanentes, las que en el derecho privado forman la propiedad, con los particulares derechos reales; el contrato; las esenciales de la vida de familia, considerada desde el punto de vista del Derecho; el matrimonio mismo, la tutela, etc. A su vez, la institucion puede ser más ó ménos general ó particular, comprendiendo en el primer caso varias especies de instituciones subordinadas. Tal sucede con la propiedad, que contiene las instituciones de la posesion y la prescripcion, y con el contrato, que abraza por su parte las instituciones especiales de los contratos unilaterales y bilaterales, por ejemplo, el préstamo, la permuta, la compra-venta, el arrendamiento, etc. Todas ellas tienen de comun el referirse á relaciones de la vida, permanentes en la sociedad humana y que toca regular al Derecho.

Distinta de la institucion es la *relacion jurídica* en sentido estricto, que se dá siempre (bajo la norma del Derecho) entre *personas determinadas*, como *sujetos*, respecto de un *objeto*, determinado tambien, sea una cosa ó una prestacion. En la relacion jurídica, se expresa ciertamente la institucion;

pero ésta es siempre el fundamento de donde brotan, no una, sino muchas relaciones. Tal sucede con la institucion de la compra-venta, que no sólo comprende en sí la relacion jurídica entre comprador y vendedor, sino tambien la que surge respecto de otras personas interesadas en la cosa objeto del contrato (por ejemplo, si el vendedor ha vendido una cosa que no era suya). Del propio modo, la cesion de derechos no contiene sólo la relacion jurídica que se crea entre el cedente y el cesionario, sino además tambien las que median entre el primero y el deudor *(cessus)*, y entre éste y el cesionario. La relacion jurídica, por tanto, sólo revela un aspecto de la institucion, de tal suerte que en cada una de éstas se dan tantas particulares relaciones, como personas diversas entran en ella, unidas por diferentes vínculos.

Distínguese, lo mismo de la institucion que de la relacion, el *caso ó hecho jurídico,* mediante el cual las relaciones dadas en la institucion como posibles se actualizan y efectúan en la vida real de un modo peculiar y concreto entre determinadas personas; resolviéndolo en sus elementos propios individuales, cuando se dan en él colisiones jurídicas, las decisiones judiciales.

No tienen las distinciones hechas un mero interés teórico; son tambien de importancia práctica para llegar á la total concepcion orgánica del sistema del Derecho y de sus particulares determinaciones. Por esto es exigencia capital, cuando se trata de interpretar las leyes, abrazar en la unidad entera de la institucion jurídica las diversas esferas que corresponden á la variedad de las relaciones dadas, formando ante todo conciencia del fin de Derecho en que aquellas se fundan, para penetrar de este modo verdaderamente en el espíritu racional de aquel sistema. Hasta ahora, no ha sido muy atendida esta exigencia en la exposicion científica del Derecho positivo, pues que nunca se ha procurado mostrar en

su interna conexion los principios que sirven de fundamento á las instituciones del mismo. A lo cual, se añade finalmente que se ha desatendido casi por completo el enlace de las relaciones jurídicas con las de la vida; además de que el reconocimiento parcial hecho hasta hoy de tal enlace, no ha ejercido influjo alguno práctico, entre los romanistas al ménos: pues, de otro modo, hubieran debido inferir fácilmente que, siendo las relaciones de nuestra vida muy diversas en cualidad y extension de las del pueblo romano, exigen otro derecho para su régimen (1).

7. El Derecho es un principio *objetivo* y *subjetivo* á la vez, y debe ser concebido rectamente en ambos capitales respectos.

*a)* El Derecho es, ante todo, un principio objetivo, real, esto es, una norma inherente de suyo á las relaciones de la vida, un órden que no ha sido creado por la voluntad humana, de la cual es independiente. La norma y órden jurídicos arrancan del órden, fundado por Dios, de las relaciones mútuamente condicionadas de la vida, las cuales proceden del fondo de la naturaleza humana y corresponden á sus fines permanentes. Así como la voluntad del hombre es impotente

(1) Hasta hoy todavia no hay ejemplo de una comparacion científica del derecho romano con el aleman en lo tocante á las principales materias de mayor importancia práctica: la cual, seguramente, habria producido frutos mucho más estimables para el estudio del Derecho, que la incesante polémica sobre teorías y opiniones acerca del de Roma, estériles en su mayor parte. El desvío y repugnancia á la especulacion filosófica, frecuentemente confundida con superficiales abstracciones, ha producido general desconfianza respecto de todo género de principios. De aquí, la notoria incapacidad de estos jurisconsultos prácticos para el arte de la legislacion, que exige siempre un sistemático conocimiento de los principios jurídicos. Bajo el influjo de hombres formados y educados *filosóficamente*, como Suaretz, Martini y Zeiller, Portalis, nacieron los Códigos modernos de Prusia, Austria y Francia.

para producir y fundar la naturaleza de las cosas y sus condiciones, no pudiendo tampoco alterar las leyes internas, las actividades, fines y relaciones capitales de la esencia humana, así tambien le es imposible hacer que sea justo lo que en sí no lo es, lo que no conforma con las relaciones reales de la vida. No es, pues, el Derecho principio arbitrario, instituido por el hombre; sino principio real de la vida misma, establecido por Dios en la esencia del hombre como regla y medida para todas las manifestaciones de su voluntad. Qué sea lo justo en cada caso, sólo cabe decirlo segun esto en vista de un exámen concienzudo y prudente de las relaciones, cuya recta norma jurídica se indaga; de tal suerte, que si es preciso en la vida social, por declaracion y voto de la voluntad comun, *formalmente,* adoptar una resolucion obligatoria, ha de hacerse, sin embargo, de modo que no quede para siempre definitivamente establecida; estimando como un deber social, no el mantenerla tenazmente invariable, sino cambiarla por otra más adecuada, á medida que se conoce mejor la relacion de que se trata. No procede, pues, el Derecho *de* la voluntad ó de la libertad, sino que es y subsiste como norma suprema *para* esta facultad, que viene á ser como el poder ejecutivo del hombre.

*b)* Pero el Derecho es tambien principio *subjetivo* que expresa la *relacion* de la voluntad ó libertad con la norma objetiva jurídica. Ésta formula *exigencias* para aquella, pues que toda condicion, como supuesto para que otra cosa se realice, y en tanto que ha de prestarla el hombre con libertad, constituye objetivamente una necesidad (1) y para la volun-

(1) Las palabras alemanas usadas en el texto y la traduccion que de ellas se hace requieren alguna explicacion. Ante todo, se han tenido presentes, para traducirlas, los términos correspondientemente aplicados por Ahrens mismo en las ediciones francesas de su *Derecho natural*, por ser más análoga esta lengua á la española; despues, la ne-

tad de éste una exigencia (1). Encierra, pues, el Derecho tales exigencias para la voluntad subjetiva; importando reconocer aquí que, merced al concepto filosófico que del Derecho hemos dado, se fija y determina, como nota capital y característica la exigencia de que hacen mérito las diversas legislaciones positivas: pues en todas las esferas del Derecho, en la de las cosas como en la de las obligaciones, aunque á su modo en cada una, predomina dicho concepto; sin que haya otra distincion que la nacida de que las exigencias ó pretensiones se den (respecto de las cosas) contra *todos* ó sólo entre *determinadas* personas (2). Pero ha de concebirse la

---

cesidad de contribuir á fijar el lenguaje técnico en estas materias, muy indeterminado y oscilante todavia entre nosotros, á causa del escaso cultivo que aún alcanzan los estudios filosófico-jurídicos. Así, *Forderung* se traduce por "exigencia" ó por "pretension", segun los casos; *Befugniss*, por "facultad"; *Rechtsanspruch*, por "pretension" y por "reclamacion jurídica"; *Berechtigung*, por "autorizacion": y con todo, creemos difícil haber acertado.—(*N. T.*)

(1) Ninguna teoría ha podido hasta ahora deducir del principio mismo del Derecho el concepto de la *exigencia* positiva ni los, en él implícitos, de facultad ó pretension y obligacion ó deber, bien por no haber concebido objetivamente el Derecho, bien por no estimar rectamente la relacion de la norma objetiva jurídica con el sujeto de la misma. La conocida asercion de FEUERBACH, formulada en son de queja y advertencia, de que importa aspirar á deducir de un Derecho racional la capacidad ó facultad *positiva* que exige todo derecho efectivo para la persona, y no la mera *permision negativa*, no tiene ya razon de ser, atendida la deduccion y determinacion que hemos hecho nosotros del referido concepto.

(2) Esta distincion entre el llamado "derecho real" y el "de obligaciones," expuesta por Savigny y aceptada por Ahrens, no es exacta. Bajo la preocupacion de que todo derecho es una relacion exterior social, ó en otros términos, exige *pluralidad de sujetos*, negando puedan juntarse en uno mismo los dos caractéres de pretensor y obligado, era natural, al preguntarse quién sea este en el derecho real ó de propiedad, contestar que todo hombre, pues que contra todos puede el propietario hacer valer por igual su derecho, que segun esta concepcion suele definirse como la suma de las pretensiones que el propietario

pretension en toda su generalidad de tal, no parcialmente, como se acostumbra, confundiéndola con la *facultad;* si bien en ocasiones tiene ya un sentido manifiestamente más ámplio: por ejemplo, cuando se llama á todo el derecho de obligaciones «derecho de las pretensiones» simplemente. Pretension en general significa la exigencia que el Derecho enjendra para los sujetos de una relacion jurídica general ó particular: exigencia que crea, para aquel á quien toca pedir en su virtud, la *reclamacion* y *facultad* jurídicas; y para el otro, sea persona individual ó social, á quien corresponde satisfacer

puede alegar contra todos: pretensiones que constituyen sin duda su derecho *externo*, mas no *todo* su derecho, el cual consta además de una esfera *interna*, cuyo contenido son los actos del propietario mismo en el aprovechamiento de sus bienes: en cuya relacion aparece, pues, como pretensor y obligado (para consigo mismo y sus fines racionales) juntamente. Ahrens mismo, en otros lugares, (v. gr., *Derecho natural*, ed. fr. de 1868, t. II), reconoce esta doble esfera.

Las pretensiones, por consiguiente del propietario, se dirigen ante todo contra una sola y exclusiva persona, á saber, contra él mismo, como *sujeto obligado* de esta relacion, en lo cual, ninguna diferencia se ofrece entre el derecho real y el llamado de obligaciones. Ni se muestra mayor distincion tampoco entre ambos, bajo el otro respecto: pues cuantas pretensiones puede dejar el propietario contra toda clase de personas (pretensiones que constituyen, segun queda indicado, su derecho *externo)*, otras tantas asisten en idéntica forma al sujeto que tiene á su favor obligaciones de un tercero. Y es que, conforme ya se ha procurado advertir, *todo derecho es derecho de obligaciones.*

No se borra ciertamente por esto la distincion entre el derecho real y el de obligaciones *patrimoniales* (que podria llamarse), cuyo contenido son aquellos servicios que nos debe un tercero por respecto á nuestra propiedad: véase la pág. 46 nota (2) sobre este punto. Sólo la diferencia que se pretende establecer es incompleta; como lo es la que en otros lugares hace el autor, suponiendo que en el derecho real el objeto inmediato son las cosas, y en el de obligaciones los actos. Ya en dicha nota se ha tratado con diverso motivo de este asunto: baste aquí advertir que, segun el concepto mismo del Derecho que Ahrens expone, *jamás* son las *cosas* "objeto inmediato" de las relaciones jurídicas; sino los *actos*, única materia propia y directa de dichas relaciones, cualquiera que sea su clase.—(*N. T.*)

lo pretendido, esto es, ora hacer, ora permitir que se haga algo, la *obligacion*, el *deber* jurídico. Son éste y aquel, por tanto, los dos aspectos, que se corresponden mútuamente, de la exigencia general jurídica. La cual, segun se desprende claramente del concepto mismo del Derecho, es positiva ante todo, y sólo en particulares respectos negativa. De aquí que haya facultades y obligaciones tambien, no sólo negativas, sino positivas.

Así se dan inmediatamente pretensiones que proceden de las *relaciones* mismas humanas, tanto de las generales como de las particulares: tales son, en el primer respecto, la pretension de auxilio positivo en casos de necesidad extrema en que puede ser prestado sin riesgo ni sacrificio (lo cual á la Moral toca decidir); y en el segundo, las pretensiones que engendran las relaciones de la vida de familia. Habiendo todavia pretensiones, tambien, originadas por actos voluntarios, justos ó injustos, y que constituyen las llamadas obligaciones nacidas de contrato y de delito.

*c)* Tocante á la posicion del sujeto respecto de la norma jurídica objetiva, hay que salvar dos descaminos, que llevan respectivamente, el uno á desconocer la importancia jurídica y moral del principio subjetivo, la voluntad libre, y el otro, bien á no reconocer en absoluto el principio objetivo, bien á no concederle toda la elevada significacion que le es debida. No hay que temer se caiga en nuestro tiempo en el primero de estos extravíos: pues, durante los últimos siglos, viene formando el principio subjetivo la base de casi todas las teorías del Derecho y el Estado, predominando tambien en la práctica esta tendencia en pró de la libertad. Pero, hasta ahora, rara vez se ha concebido rectamente este principio: pues se creyó siempre poder equiparar en el Derecho arbitrariedad y libertad, y separar en absoluto la libertad jurídica, como puramente exterior, de la moral é interna. Sin embargo, de

una parte, la libertad (1) es en su fuente sólo una, aunque se manifieste despues en direcciones que, si son diversas, no cabe nunca separarlas en absoluto; y de otra, debe subordinarse á la norma jurídica objetiva, debiendo reputársela, no como el orígen, sino como el instrumento del Derecho. Aun dentro de la misma esfera jurídica interna de la libre personalidad, donde ésta rige y gobierna sin responsabilidad exterior, debe cada hombre reconocerse responsable ante Dios y ante su conciencia jurídico-moral, y procurar siempre lo justo. Con tanto más motivo, en la vida social, la libertad necesita, para ser verdaderamente justa, sujetar todas sus manifestaciones, en cualesquiera esferas, á condiciones determinadas, que garanticen á la comunidad su ejercicio adecuado á las relaciones de aquella. No consiente la vida social libertad abstracta é indefinida; tiene que limitarla, por el contrario, mediante condiciones, so pena de no poder subsistir. La concepcion propia y exacta del principio subjetivo del Derecho, implica, pues, solamente la verdad de que es éste un órden supremo, pero libre: que respeta la libertad, garantiza su esfera de accion adecuada y ha de ser realizado por ella. No es, por lo tanto, el Derecho un poder natural, ciego, á que deban sujetarse contra su voluntad los hombres; sino idea viva y divina, cuya libre ejecucion incumbe al indivíduo y á la Humanidad. De aquí que se deba, en todas las esferas esenciales en que se informa, asignar á la personalidad una cooperacion, cuya amplitud se determina y extiende en la medida de la cultura científica y moral.

El principio *objetivo* del Derecho no ha sido concebido recta y plenamente hasta ahora en ninguna teoría, aun por

(1) Sobre la libertad, su fuente, sus diversas direcciones, mútuamente condicionales, y su desenvolvimiento en la sociedad, V. mi *Filos. del Der.* (4.ª ed. al.) págs. 384-402.

aquellas escuelas que creen haberse sobrepuesto al punto de vista subjetivo. Ni la *histórica*, ni la *teológica*, ni siquiera la *especulativa* de Hegel, han llegado, en realidad, á la concepcion de un verdadero principio objetivo (1). La escuela histórica tan sólo ha hecho resaltar el *desarrollo* del Derecho; pero no pasó del punto de vista subjetivo cuando sintió la necesidad de determinar filosóficamente el principio de aquel, cuya revelacion no cabe pedir á la historia (2). Pues si se busca en el *espíritu*, en la *conciencia nacional*, en la *voluntad general*, la fuente del Derecho, no cesa ésta de seguir siendo puramente subjetiva, porque se trasporte el sujeto, del indivíduo, á la comunidad social. Partiendo de la *voluntad* de Dios y estimando el órden jurídico como una de sus manifestaciones, reconoce la escuela *teológica*, sin duda, un principio superior al arbitrio del hombre; sólo que, como Leibnitz observa con razon, no es la voluntad de Dios la que hace la verdad y el Derecho, sino que residen una y otro en las cosas y relaciones mismas. La filosofía *especulati-*

(1) Demostrado con más extension en mi *Fil. del Der.*, 4.ª ed. al., págs. 150-161.

(2) Así SAVIGNY, en cuanto á determinar con más exactitud el concepto del Derecho, no se eleva en *lo esencial* sobre Kant, siquiera trate de muy diverso modo cada una de las principales materias subordinadas. En el *Sistema del Derecho romano actual* (*System des heut. röm. Rechts*, t. I, pág. 331) dice: «El hombre está colocado en medio del mundo exterior, y el elemento jurídico en este su alrededor procede de su contacto con aquellos séres que son sus iguales en naturaleza y destino. Si, pues, han de coexistir en dicho contacto séres libres al lado unos de otros, ayudándose mútuamente para su desarrollo, no poniéndose obstáculos recíprocos, compréndese que seria imposible tal concierto, si no reconociesen todos un límite invisible, dentro del cual alcancen la existencia y accion de cada indivíduo una esfera segura é independiente. La regla segun que se determina dicho límite, y en su virtud esta esfera libre, es el Derecho.» Pero importa recordar, por lo contrario, que el Derecho, aunque determine ese límite, regula ante todo aquellas relaciones que se engendran por-

*va* de Hegel consideró el Derecho como la pura *realizacion* de la libertad, mostrando con esto claramente su adhesion al punto de vista subjetivo, que reaparece luego en el desarrollo de su escuela, más determinado cada vez, llegando hasta á ser exclusivo. Stahl es quien se acercó más al reconocimiento del principio objetivo, mediante la teoría, iniciada por él, de las «relaciones de la vida»; pero no pudo llegar á informarlo plenamente con rigor científico, por no haber profundizado, como ya se notó (v. pág. 66, nota) en la esencia interna de aquellas relaciones. En la concepcion filosófica del Derecho expresada por Krause, es donde por vez primera se reconocen en su legítimo valor, del modo ya dicho, tanto el principio objetivo, que inside como norma para su régimen en las relaciones mismas de la vida, mútuamente condicionales, cuanto el principio subjetivo y ético-jurídico de la libertad.

8. El Derecho es un concepto *orgánico*, toda vez que con esta palabra se designa la recíproca determinacion que las partes y relaciones de un todo sostienen originariamente en la unidad de éste (1); organicidad, que muestra el Derecho

---

que los indivíduos, en razon á no bastarse *nunca* á sí mismos tienen que salir constantemente de dicha esfera; subsistiendo en lo tanto, no sólo *al lado* unos de otros, sino tambien unos *para* otros.—En la pág. 24 añade: "El Derecho tiene su existencia en el espíritu comun del pueblo, en la voluntad nacional, por consiguiente, que es en lo tanto asimismo la voluntad de cada indivíduo." Pero donde el Derecho tiene su existencia objetiva es en las relaciones mismas, las cuales sólo más ó ménos claramente pueden llegar á la conciencia del espíritu nacional. El concepto tambien que Savigny establece de voluntad comun muestra el predominio que la *volonté générale* de Rousseau, con la cual Hegel se declara explícitamente conforme (*Filosofía del Derecho*, pág. 314—*Phil. des R.*), llegó á ejercer—precisamente por ser la más clara expresion del punto de vista subjetivo, aun en aquellos que rechazan sus consecuencias, á lo ménos, en el derecho público.

(1) A la filosofía de Schelling se debe el haber realzado el concepto de organismo, distinguiéndolo del de mecanismo y reemplazan-

de tres modos: *a)* en sí mismo, cuando se le considera como un todo superior homogéneo; *b)* tocante á las relaciones de la vida, que ha de regir, y *c)* respecto de la actividad, que ha de realizarlo.

*a)* Visto el Derecho en sí mismo, su *idea* es orgánica, porque se dá en íntima conexion con las de la intimidad en Dios (religion), la verdad, el bien, la belleza y la moralidad; siendo todas ellas sólo manifestaciones diversas, en la vida,

---

do ante todo en la Ciencia de la Naturaleza con una concepcion orgánica las antiguas mecánicas y atomistas. Ahora bien, como el concepto de organismo, en su trascendencia general científica, arriba expuesta, no sólo se refiere á la vida natural, donde sin duda se muestra del modo más exteriormente visible, sino á la vida en general, que es siempre una primordial unidad de funciones conjuntas y mútuamente condicionadas, compréndese que fuera inmediatamente despues aplicado á todas las esferas tambien de la vida psíquica y social. Por esto fué un verdadero servicio el que prestó la escuela histórica cuando, ayudada de aquella más profunda indagacion filosófica, y advirtiendo que el Derecho es una actividad de la vida de la nacion, íntimamente enlazada con todas sus actividades restantes, y cuya evolucion se realiza en el todo y con el todo de aquellas, llegó á concebirlo como una idea *orgánica*. Pero á la vez, así como en filosofía la especulacion de Schelling no distinguió adecuadamente la Naturaleza y el espíritu, no limitándose á coordenar ambas esferas, sino identificándolas frecuentemente, así tambien y durante el mismo tiempo, en el terreno de la vida psíquica y social, quedó desconocido por extremo el carácter de libertad, que es el distintivo del espíritu, en oposicion al concepto anterior de libertad, mecánico y abstracto. Empezóse, pues, á hablar de una *evolucion natural* del Derecho, del Estado, desatendiendo en esto la evolucion del espíritu más noble, esto es, la libre y moral informacion de estos órdenes de la vida. De aquí la exajerada estimacion que prestó la escuela histórica al elemento de las leyes naturales en la concepcion del Derecho, que vino á reducir á una relacion de la vida que se produce y desarrolla bajo el imperio de aquellas. De aquí tambien su adhesion, sobre todo al exponer el derecho romano, y retroceso á las antiguas teorías subjetivas y formales de la voluntad y la conciencia; y de aquí finalmente y sobre todo el haber desconocido de esta suerte el carácter *ético* del organismo del Derecho, como su esencia, fundamento y fin.

de la *unidad divina*. Por lo cual, el Derecho no ha de establecer nada que se oponga á tales ideas, sus afines; antes bien, pues que se dá con ellas en interna reciprocidad positiva, debe, por un lado, ordenar todo aquello en que su subsistencia y progreso dependan de la actividad humana, sirviéndoles con esto de vital apoyo; y por otra parte, necesita recibir á su vez el influjo de esos principios de la vida, de tal suerte, que se funde todo el órden jurídico de las personas y las relaciones en la religion, la verdad, el bien, y sea armónico en sí mismo, constituyendo una bella obra de arte.

*b)* Atendiendo al *organismo de las relaciones de la vida*, en el cual se refleja el enlace interno de las ideas que se muestran como fines de aquella, aparece el carácter orgánico del Derecho, en la necesidad de tener presente en cada determinacion jurídica de una relacion cualquiera, así el influjo sobre ella de todas las demás relaciones esenciales, como su reaccion sobre éstas. Si se trata, por ejemplo, de regular jurídicamente la propiedad y sus relaciones, habrá que tener presentes, ante todo, las económicas afines á ella, y su influjo, por tanto, en la produccion, distribucion y consumo de los bienes materiales; atendiendo tambien á las supremas relaciones éticas y especialmente á las exigencias morales de la vida. Pues no es posible limitarse á procurar solamente, que *sobre todo*, quizá en fuerza del principio é impulso de la libertad, se produzca mucho, y se distribuya luego de cualquier modo, con tal que sea libremente; sino que debe aspirarse, por un lado, á que no se aplique sólo la ley dinámica, segun la cual la fortuna mayor subyuga á la menor, empobreciéndose con esto clases enteras; y por otro, á que no se precipite la propiedad toda en el torbellino de un rápido movimiento de los bienes, perdiendo de esta suerte el Estado sus más firmes apoyos, que, en la esfera material,

descansan especialmente en la propiedad de la tierra. Antes bien, debe propenderse, en semejantes relaciones, á discernir y favorecer el bien, no de la generalidad abstracta ni de los indivíduos aislados, sino del todo y de sus miembros en orgánica conexion.

*c)* Finalmente, es tambien orgánico el Derecho por respecto á su *realizacion* en la vida. Cúmplese en todas las esferas y relaciones mediante personas físicas y morales, cada una de las que tiene, de una parte, que determinarse por *sí misma;* habiendo de ser, de otra, determinada *por todas las demás* que viven en relacion con ella. Segun esto, debe cada persona, en el Derecho, procurarse inmediatamente, en virtud de su *propia* accion libre, las condiciones para su vida racional, apoyándose ante todo en sí misma y en su peculiar actividad. Por esto tiene cada cual que atender, por ejemplo, en el llamado derecho de las personas, á realizar las condiciones de la conservacion y aumento de sus bienes personales, tales como la salud, la honra, la libertad; así como ulteriormente, en el derecho que se dice de las cosas, llenar por de pronto las condiciones de la adquisicion y empleo de los bienes de fortuna: ya apropiándose directamente las cosas si, lo que rara vez sucede, carecen éstas de dueño, y dándoles entonces destino y nombre apropiados; ya adquiriéndolas de modo más mediato, segun ordinariamente acontece, recibiéndolas de otros, ora por libre contratacion, ora en fuerza de vínculos morales. Está, pues, obligada cada personalidad jurídica á prestarse ante todo, mediante su actividad, las condiciones exigidas para su buena vida, debiendo obrar recta y justamente aun *con respecto á sí propia.*

Mas, de otro lado, puede depender de otras personas en todas las relaciones esenciales de la vida, y estar condicionada por la actividad, auxilio y solicitud de las mismas, de tal suerte, que no le sea dado procurarse tales condiciones,

aun ofreciendo en cambio otras prestaciones de cosas ó servicios: necesitando, pues, auxilio y cooperacion ajenos. En semejantes casos, á la sociedad toca procurárselos, con moral y justa providencia. Lo cual ha de realizarse, sin embargo, en armonía con el organismo de las relaciones y enlaces de la vida social humana. Así es que cada hombre, niño ó adulto, cuenta para el caso, por de pronto, con la *familia;* si ésta es total ó parcialmente impotente, toca á la *clase* á que aquel pertenezca (en sociedades, se supone, organizadas por clases) llenar por sí sola, ó cooperar por su parte á que se cumpla el deber jurídico y moral, que no puede realizar aquella. Si aún es imposible á la clase satisfacerlo, pasa esta obligacion al *municipio,* que es la primera union localizada de familias distribuidas en clases; y si todavia son insuficientes al efecto las fuerzas municipales, cumple á la corporacion social inmediatamente superior, el canton ó la *provincia*, y finalmente, al poder supremo del *Estado* (1), prestar á la personalidad humana deficiente el auxilio de condiciones, no satisfechas por los anteriores grados de la jerarquía. En los casos más graves, en que se haga sentir la necesidad de una proteccion más ámplia, debe procurarla la cooperacion orgánica de *todos* estos miembros graduales, la familia, la clase, el municipio, la provincia y aun el Estado superior, pudiéndose agregar todavia á esta accion otra muy considerable, á saber, la de *sociedades libres* especiales, organizadas para el remedio de males ó de situaciones precarias. De esta suerte se efectúa la prestacion ética y jurídica de auxilios en la sociedad humana, cuando reviste el verdadero carácter orgánico que le corresponde.

La concepcion orgánica del Derecho dá solucion á los

(1) El Estado *nacional*, ó Estado por antonomasia, quiere decir el autor: pues, Estados, lo son todos los otros círculos que enumera, cada uno á su modo.—(*N. T.*)

problemas más en litigio, la mayoría de los cuales nacen de considerar á cada relacion jurídica de un modo parcial y abstracto, fuera del enlace que mantiene con otras que la completan y limitan.

9. Como el Derecho se refiere siempre á la vida y sus relaciones, y la vida es sólo una evolucion del fondo constitutivo de la esencia del hombre y la Humanidad, síguese que tambien es el Derecho un principio *histórico*, que se vá informando contínuamente, á la par que se desarrollan los hombres y los pueblos. El Derecho es eterno, y sin embargo temporal á la vez, produciéndose como fenómeno constantemente variable: eterno, en tanto que su fundamento, la condicionalidad de la vida, y su fin, que es hacer posible la determinacion del hombre conforme con su naturaleza, permanecen siempre idénticos; temporal y mudable, en cuanto difieren y se diversifican las condiciones de la vida y del progreso, á medida que por la evolucion de ésta se van informando de distinto modo sus propias relaciones. En el concepto del Derecho que hemos formulado se contienen, como en ningun otro, los dos elementos esenciales que le dan, el primero, fijeza como norma perpétua, y movilidad consiguiente al curso variable de la vida, el segundo. Y pues, en el último respecto, debe el Derecho plegarse á la variedad de relaciones y de grados de cultura de los hombres y los pueblos, encarnándose en diversas formas é instituciones jurídicas apropiadas al caso, no hay contradiccion alguna en afirmar que lo que es justo en un momento dado puede en otro tiempo, segun los casos, ser injusto. Si no es, como dice el poeta, que el Derecho y las leyes se han de arrastrar como una enfermedad eterna, trocarse la razon en absurdo y convertirse en plaga el beneficio, se necesita inevitablemente un cambio incesante, así en el derecho público, cuyas mudanzas son más importantes, por la universalidad de sus relaciones,

como en el privado, donde aquellas son más circunscritas.

Desconoce esta verdad la escuela histórica, que, si afirma en principio el progreso gradual del Derecho, admite con todo, de ordinario, que el romano, al cual casi reputa inmejorable, está llamado á reinar perpétuamente. Y sin embargo, es tambien un hecho histórico, demostrado por los germanistas, que el derecho romano, como no podia ménos de suceder, ha sufrido una trasformacion esencial en casi todas sus esferas, al apropiárselo los Estados germánicos; sobre que la vida real de un pueblo, como exige unidad en su derecho público, la reclama tambien en el privado. De aquí, la contradiccion entre la teoría y las aplicaciones, en que ha caido y sigue encerrada aquella escuela, la cual además desconoce por su parte los principios supremos del Derecho, que brotan de las relaciones humanas y morales, permanentes é inmutables: faltando de este modo en su doctrina, por completo, criterio y medida para discernir lo que es en todo tiempo inhumano, inmoral, y por lo tanto, injusto en absoluto. Así, la pátria potestad es una relacion jurídica permanente; pero el abandono de los hijos, como producto de la misma, es siempre inhumano é injusto: el matrimonio es un vínculo moral y puro de la vida; pero la poligamia aparece siempre como institucion dañosa, que ha cooperado donde quiera á la disolucion de los Estados; y así tambien el tormento ha sido siempre un medio inícuo de prueba jurídica. Para distinguir por consiguiente lo humano de lo inhumano, lo moral de lo inmoral, lo justo de lo injusto, no basta mirar á la historia, que ofrece ambos términos como hechos efectivos; sino que se exige la guía suprema de un principio, deducido de la naturaleza del hombre y enlazado íntimamente á su elemento moral. Puede la historia, por tanto, explicar muchas cosas que no justifica ni legitima, sin embargo: no es racional todo lo que ha pasado, ó sucede al presente. Y al

modo que la historia en general, así tambien en particular los grados jurídicos sucesivos han de ser estimados con arreglo á las ideas y fines humanitarios superiores: de suerte que las leyes é instituciones que, lejos de servir de base ó punto de partida al progreso ulterior de los pueblos, fueron al contrario causa de su decadencia y disolucion, oponiéndose en lo tanto á las verdaderas exigencias de la vida, en vez de satisfacerlas, deben, cuando ménos por parte del Derecho, ser condenados de una manera absoluta.

10. El Derecho reviste tambien formas diversas en la historia, segun las naciones que lo realizan: es, pues, además principio *nacional*, y ha de variar con las costumbres peculiares al carácter de cada pueblo y con la idea total que aquellas le permiten alcanzar de la vida; ulteriormente, al hacer la reseña filosófica del desarrollo del Derecho en la historia de los Estados, aparecerá más clara aún la verdad de tal afirmacion, que nos limitamos á sentar aquí como en principio, para rectificar además conceptos parciales ó falsos. Sígue-se de esto que cada pueblo independiente, constituido en unidad política, necesita tambien un derecho propio, y de hecho lo posee siempre en sus orígenes; pudiendo, sin embargo, merced á relaciones más íntimas de unos pueblos con otros, juntarse total ó parcialmente varias naciones en un Estado internacional y enlazarse en la esfera jurídica privada por la comunidad del derecho civil respectivo, aunque subsistan con todo en cada una determinadas instituciones nacionales, compatibles con la unidad superior constituida. Además, siendo todas las naciones miembros de la Humanidad y debiendo en el desarrollo histórico conservarse y trasmitirse á los restantes el bien que cada pueblo ha producido en su vida, puede una nacion recibir total ó parcialmente de otra cualquiera, lo propio que ciencia y arte, un sistema jurídico tambien: pues que cabe que determinadas relaciones

de la vida se presenten en todos los pueblos más ó ménos uniformemente, ordenándolas mejor en Derecho un pueblo que otro. El derecho de obligaciones, por ejemplo, fué más completo en Roma que en los pueblos germánicos: por lo cual, al extenderse más el comercio por las ciudades de Alemania, se sintió la necesidad de leyes más perfectas que lo rigieran y se utilizaron, por tanto, las contenidas en el derecho romano.

No debe olvidarse, sin embargo, que cada pueblo independiente modifica más ó ménos segun sus necesidades el derecho que recibe de otros, como pasó con el romano en general y aun especialmente con su parte relativa á las obligaciones. En el derecho público, sin embargo, llamado á normalizar las relaciones generales, van unidas á semejantes importaciones jurídicas gravísimos riesgos, por no caber la asimilacion é incorporacion que lleva á cabo gradualmente la voluntad individual y ser necesario desde el principio un régimen jurídico general, determinado por la diversidad de las relaciones universales. Tal es el motivo de la perturbacion é instabilidad que han ofrecido en los diversos países las Constituciones traidas de otros pueblos, por más que puedan establecerse en ellos igual ó parecidamente que en los primeros, ciertos principios y rasgos fundamentales. Exige tambien la índole nacional del Derecho que satisfaga éste las necesidades del pueblo respectivo, haciéndose inteligible al efecto, no debiendo estar escrito, por lo tanto, en lengua erudita, sino realmente popular. No se quiere decir con esto que—como pretende en nuestros tiempos una escuela conocida, que erige al pueblo en soberano sobre todo género de cosas, en vez de pedir sólo que éste concurra por medio de sus representantes al establecimiento de las leyes—haya de elegir directamente el pueblo, de su propio seno, jueces que en la esfera civil y criminal, y representando su con-

ciencia jurídica, decidan y resuelvan sobre el Derecho y los hechos de esta clase. Sin duda, no ha de excluirse en absoluto al pueblo de formar y declarar el Derecho. Pero importa que no se le estime para el efecto como un cáos, á modo de una masa mecánicamente distribuida con arreglo al censo estadístico; sino al contrario, distinguiéndolo orgánicamente en sus diversas clases y estados, dando á estos voto en las Cámaras y Tribunales respectivos á que competan sus asuntos, sobre los cuales no cabe juzgar sin presuponer que se conocen determinadas relaciones de la vida. Así, en los Tribunales y Cámaras de agricultura, industria y comercio, serán estas profesiones las que deberán estar representadas por algunos de sus miembros. Con tal sentido es ciertamente como debe abrirse camino y producirse como fuente jurídica, á distincion del derecho que pudiera llamarse «de los jurisconsultos» el derecho «popular», engendrado por el pueblo segun su propio organismo, no como fruto de una abstracta «conciencia nacional», sino como resultado del conocimiento comun y sistemático de las particulares esferas de la vida; exigiendo además para su perfeccionamiento ulterior el concurso de los principios fundamentales de la Ciencia jurídica, cuya elaboracion corresponde al órgano especial del Derecho en la vida social: á la clase de los jurisconsultos (1).

---

(1) V. BESELER: "*Derecho popular y derecho de los juristas,*" 1843. —*Volksrecht und Juristenrecht.*—Indícase en esta obra la necesidad de concebir al Derecho en íntima relacion con el pueblo, sus necesidades y su conciencia. Pero la vaguedad inherente al concepto de "conciencia nacional," como fuente del Derecho, ha permitido á una direccion extrema el utilizarla para arrojar por tierra todo el llamado "derecho científico."—Véanse, como refutaciones del trabajo de KIRCHMANN: *Sobre la inutilidad de la Jurisprudencia como ciencia" Über die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, 1848, el libro de STAHL: *La Ciencia jurídica ó la conciencia nacional—Rechtswissen-*

## CAPÍTULO III.

### BREVE COMPARACION DEL CONCEPTO HALLADO CON LOS DE LOS PRINCIPALES SISTEMAS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO.

La consideracion filosófica del desarrollo histórico de los pueblos, en las varias esferas de su cultura, muestra que las diversas direcciones psíquicas, segun las cuales se mueve la vida interior y exterior, las oposiciones y luchas que surgen, miradas desde un alto punto de vista, dejan ver, al lado de faltas y torcimientos, algo que es en realidad verdadero y bueno, y se muestran encaminadas en conjunto hácia un fin comun. Así descubre la historia de la Filosofía en la sucesion de los principales sistemas, á través de multitud de errores, un progreso real, sin embargo, tanto en el asunto como en el método, y señala en cada una de las épocas capitales, ciertas grandes concepciones más comprensivas, que han aspirado á abrazar en un principio sintético superior las anteriores tendencias. En más limitada esfera, acredita, por su

---

*schaft oder Volksbewusstsein*, y su *Filosofía del Derecho—Rechtsphil.* —3.ª ed., pág. 267.—Creo por mi parte haber señalado ya la relacion exacta en mi *Filosofía del Derecho*, desde su 2.ª ed. en 1844, tratándose luego este punto en la 4.ª ed., pág. 319, 3, y especialmente en la 321; en esos pasages, aparecen tambien previstos ya y juzgados rectamente los errores que posteriormente se han producido. Concluyo indicando que pretender destruir el órgano especial que los jurisconsultos representan, es exactamente tan absurdo, como creer "que un hombre pueda andar mejor sin los órganos *especiales* que para el movimiento ha engendrado la Naturaleza segun sus leyes."

parte, la historia de la Filosofía del Derecho que todas las teorías más notables encierran algun fondo de verdad, si bien muy desfigurada con frecuencia; y que cuanto más completo es un concepto del Derecho, sirve tanto mejor para revelar en las doctrinas que lo precedieron la parte de verdad que contienen. El principio del Derecho afirmado por Krause puede, como ningun otro, suministrar esta prueba, que trataremos de dar ahora brevemente, de una manera comparativa.

Así, cuando seguimos las cardinales épocas del desenvolvimiento de las ideas jurídicas y políticas, aparece ante todo en la *antigüedad* el génio filosófico de *Platon*, cuya doctrina, íntimamente afin á la del Cristianismo, hubo de continuar iluminando todavia los tiempos de éste. Es muy profunda la concepcion del Derecho á que llega Platon; pero se necesita un principio jurídico superior, como el que trae la teoría de Krause, para penetrar de nuevo, no meramente en la belleza ideal, si que tambien en toda la verdad práctica de aquella idea. Concibe Platon fundadamente el Derecho y la justicia, virtud que á él se refiere, no como un mero principio externo tocante á la vida social, sino, ante todo, como un órden interno de la vida del alma: órden que se retrata exteriormente tal como es en nuestra intimidad. En el todo ético de las virtudes, concibe Platon la justicia como aquella que debe poner inmediatamente á todas las restantes en la adecuada relacion de unas para con otras, enlazando en armonía todos los elementos y fuerzas del alma, señalando y asegurando á cada parte su propia esfera de accion, dando á lo superior predominio sobre lo inferior y á los bienes capitales prelacion sobre los subordinados: de suerte que todo en el alma reciba «lo que le corresponde», προςηκον. Así como en el cuerpo consiste la salud en que todas sus partes y fuerzas constitutivas obren conforme á la naturaleza, rigiendo y siendo regidas, así la justicia engendra la salud ética del alma.

Tal es el sentido de virtud ordenadora, que todo lo organiza y determina apropiadamente al lugar y eficacia respectivos, que tiene Platon de la justicia. Al modelo de esta justicia interna, debe ajustarse en su sentir el órden exterior del Estado, de los hombres en sociedad, donde todas las partes deben enlazarse en unidad, cada miembro obrar segun su capacidad y virtud, cooperando, empero, todos al fin comun de la educacion humana. En su Política, sin embargo, ha idealizado sólo la antigua concepcion del Estado, segun la cual es éste superior al hombre, sin haber podido elevarse á más alta idea; desconoció además la libertad y autonomía, que sacrifica á la organizacion, como la individualidad y la personalidad al conjunto, lo mismo en el matrimonio que en la familia, la propiedad y el Estado; dejando con frecuencia la persona absorbida en el todo social y cayendo especialmente en el error de construir el Estado segun el modelo exclusivo del indivíduo. Son éstos profundos yerros filosóficos y éticos; pero lo propio y esencial de la justicia, en sí misma, lo concibió Platon casi perfectamente como la regulacion armónica de la funcion que segun su propia naturaleza corresponde á cada parte de un todo orgánico, para cuyo fin debe ejercerse aquella, de tal suerte, que en *lo correspondiente* á cada miembro se comprende, así lo que debe recibir, como lo que tiene que prestar.

Esta idea que tuvo Platon del Derecho, junta con algunas concepciones humanitarias y cosmopolitas de los *estóicos,* no llegó ciertamente á penetrarla *Ciceron* en toda su profundidad; si bien hubo de comentarla en los conceptos fundamentales de lo *honestum, bonum et aequum,* con lo cual ha ejercido una influencia, que no cabe desconocer, en la ciencia jurídica romana (1).

(1) Las dos definiciones del Derecho natural: *Jus naturale est, quod natura* OMNIA ANIMALIA *docuit; pr. Inst.* I, 2, *de jure nat.*; y

El *Cristianismo,* considerado aquí desde el punto de vista de nuestro asunto, concibió igualmente la justicia como *interna* y *externa;* pero hizo que cambiara la idea que la antigüedad entera y Platon tenian del Estado, al poner la personalidad humana sobre la existencia temporal del Estado, mediante el reconocimiento de un principio divino y eterno en el hombre y de su inmediata union viva con Dios: mirando, por tanto, al Estado, no como propio fin, sino como medio para el hombre y sus altos fines. Distínguense los tiempos cristianos, aun por lo que respecta á la Ciencia jurídica y política, en dos épocas principales: llenan la primera los Padres de la Iglesia y la Edad media, señalándose en la Ciencia del Derecho, y más aún en la del Estado, *San Agustin* entre aquellos y *Santo Tomás de Aquino* en ésta; comprende la segunda la Era moderna, nacida con la restauracion de la Filosofía y con la Reforma. Difieren ambas esencialmente en que, en la primera, el Derecho y la justicia aparecen referidos tambien á la vida *interna* del hombre, é íntimamente enlazados con la religion y su dogma, por lo cual se muestran tambien estrechamente unidos en teoría el Estado y la Iglesia, siquiera en la práctica luche aquel, y cada vez con más empeño, por ganar su independencia. Y tan importante como es ahora en principio el íntimo enlace del Derecho con la religion y la moral, tan desconocida fué, sin embargo, en esa primera época su relativa sustantividad y valor propio, como los del Estado: por lo que, en virtud de una ley natural del desarrollo, se produjo una tendencia encaminada á reconocer la naturaleza sustantiva de ambos elementos. Extremóse con todo esta nueva direccion, llegando el Derecho á ser con-

---

*l.* II., D. I. 2. *de orig. juris* (*Paulo*): QUOD SEMPER AEQUUM AC BONUM EST, *id est jus naturale*, indican concepciones diversas de la Jurisprudencia romana. La última definicion no ha nacido, manifiestamente, en el suelo de Roma.

cebido como un mero principio *externo*, referente sólo á la vida social, sin inmediato enlace con la religion y con Dios, fundado exclusivamente en el hombre, mejor dicho, en el indivíduo, abstraido de todo órden real de vida y desligado por último de su postrer vínculo ético con la moralidad. Cierto que en esta corriente, con la cual se hace comenzar una nueva reconstruccion de la Filosofía del Derecho, es éste concebido bajo algunos de sus aspectos esenciales y siguiendo un método más riguroso; pero, considerado en su unidad total, sólo deja ver un carácter especial *externo*, puramente *subjetivo*, de mero *formalismo lógico, abstracto*, finalmente. Al llegar á nuestros tiempos, se hace cada vez más viva la exigencia de volver á enlazar el Derecho con el órden objetivo de la vida, con la moralidad y la religion. Satisfaccion á tal necesidad, así sentida, sólo puede darla una ciencia que, sin condenar el principio (fruto en verdad de las tendencias modernas) de la relativa sustantividad y del carácter principalmente exterior-social (1) del Derecho, se apoye de nuevo sin embargo en el elevado concepto cristiano y platónico de la justicia interna y ponga en estrecha relacion al Derecho con todos los bienes de la vida y con todas las virtudes del indivíduo y de la sociedad.

Si ahora contemplamos brevemente las capitales direcciones que se ofrecen en la época *moderna*, que es de interés especial para el desarrollo de las doctrinas filosófico-jurídicas, notamos que en ninguna de ellas debe desconocerse cierta parte de verdad, determinando sus errores, frecuentemente graves, una oposicion y reaccion consiguientes.

---

(1) En esta afirmacion, por todo extremo vaga, rinde tributo Ahrens tambien á la concepcion naturalista del Derecho como relacion de hombre á hombre; pareciendo oscilar su pensamiento entre este sentido y el del Derecho como relacion *primeramente* (y en cierto modo y llevando las cosas á rigor, *exclusivamente*) interna.—(*N. T.*)

Con la Reforma, aparecen tambien los llamados *precursores* de Hugo Grocio (Melanchton, Oldendorp, Hemming, Gentile (1) y *Winkler* sobre todo), los cuales concibieron el Derecho natural como derivado de la misma esencia humana, en íntima union con la religion revelada y con la moralidad, admitiendo para los dos estados históricos del hombre dos especies correlativas de Derecho natural. Corresponde la primera al estado de inocencia, de *integridad*, en que predominaba el amor y no existian aún las instituciones que hizo necesarias la caida, tales como la propiedad, las desigualdades sociales, los contratos, etc.; la segunda se refiere al estado *posterior*, en el cual sólo queda una parte del primitivo derecho, que deben conservar y mantener las leyes.—Toman éstos ya á la naturaleza del hombre por punto capital de partida, haciendo depender al Derecho natural, no sin razon, de los grados de la moralidad humana. Tocante á la opinion, preponderante tambien en la Edad media y que exponen todavia escritores posteriores, de que hay que referir á la caida el actual Derecho natural, creen haberse levantado sobre ella muchos que en realidad la acatan, siquiera sea en otra forma. Así, todo lo que toca á la coaccion en el desenvolvimiento ulterior del Derecho descansa en una base análoga: pues se funda en el supuesto de la depravacion y corrupcion del hombre, que han de ser mediante la coaccion dominadas. Lo que hay de verdad puramente en dicha concepcion es, sin embargo, que el Derecho nace en virtud de la insuficiencia y condicionalidad inherentes á la limitacion humana, y debe tener en cuenta las imperfecciones físicas y morales que en cada época se ofrecen, subsistiendo siempre como fin último el contínuo perfeccionamiento del estado del hombre.

(1) Entre estos merece muy especial mencion nuestro ilustre Suarez (1538—*(de legibus et Deo legislatore)*, con razon estimado 1617) como uno de los más eminentes de estos precursores de Grocio.—(*N. T.*)

Con *Hugo Grocio* (1583-1645) empieza el período moderno, en el cual vá siendo el Derecho natural estimado cada vez más determinadamente como una ciencia sustantiva. Es verdad que Grocio se muestra algo oscilante en su modo de apreciar las relaciones del Derecho natural con la Teología, llegando hasta aceptar muchas anteriores opiniones; pero, así como hace ya resaltar la importancia de la *religion natural,* á diferencia de la revelada, relacionando inmediatamente el Derecho natural sólo con la primera, así tambien considera á éste tan derivado de la esencia humana, que afirma habria Derecho y órden jurídico aun en la hipótesis aborrecible de que no hubiera Dios («etsi daremus, quod sine summo scelere dari nequit, non esse Deum, aut non curari ab eo negotia humana»). No es para Grocio el Derecho natural, como decian los jurisconsultos romanos, lo que la Naturaleza ha enseñado á todos los animales; sino aquel Derecho fundado en las propiedades características y *distintivas* del hombre, á saber: el *instinto de asociacion,* atestiguado y extendido por medio de la facultad del lenguaje, y la *razon,* que, juntamente con aquel, determina como justo todo cuanto sirve para la conservacion y aumento de la sociabilidad humana. No arranca este Derecho de la voluntad de Dios, sino de la voluntad de los hombres, que lo establecen, guiados por la razon en unánime consenso, mediante pactos y leyes, y fundan el Estado como la comunidad para el Derecho y los bienes: «civitas est coetus perfectus liberorum hominum, juris fruendi et communis utilitatis causa sociatus».—En Hugo Grocio aparece pues con toda claridad la tendencia á reconocer al Derecho un orígen *humano,* y considerarlo como principio *distinto* en sí mismo de la religion. Prosiguieron ulteriormente y en diverso sentido esta tendencia *Hobbes* y *Pufendorf;* pero tambien se produjo una *oposicion* por parte de *Cumberland* (contra Hobbes) y de *Al-*

*berti*, *Rachel* y los dos *Cocceji* (contra Grocio y Pufendorf): pues todos estos contradictores trataron de referir nuevamente el Derecho natural á Dios y su voluntad.

La *segunda* época, que generalmente se hace comenzar sólo con *Tomasio,* está mejor caracterizada por la *oposicion* entre la teoría de éste y la de *Leibnitz*. Tomasio (1055-1728), á pesar de sus profundas convicciones religiosas, siguió sin embargo en absoluto la tendencia que afirmaba la sustantividad é independencia del Derecho: pues lo separa, no sólo de la religion, sino de la *moralidad*, al establecer la coaccion como nota peculiar de los deberes jurídicos (perfectos), á distincion de los morales (imperfectos). Tal distincion, sólo en los tiempos novísimos ha sido realzada como un mérito de la doctrina de Tomasio; cuando los verdaderos servicios prestados por éste consisten en el modo, más metódico y más en relacion con el espíritu aleman, que tuvo de tratar toda la Ciencia jurídica, y en el esfuerzo con que combatió preocupaciones funestas de su tiempo (los procesos contra los hechiceros, por ej.).—Próximo á Tomasio aparece *Leibnitz* (1646-1716), que pone la primera base, si bien en indicaciones y escritos parciales sólo, para una superior y nueva unificacion de las tres ciencias éticas principales: la de la Religion, la Moral y la del Derecho: toda vez que concibe á Dios como fuente y al perfeccionamiento como fin comun de estos tres principios de la vida (1). Su doctrina, que continuó

(1) Atendida la alta importancia de la teoría de LEIBNITZ, permítasenos exponer aquí, brevemente resumidas, las afirmaciones capitales que contienen algunos de sus últimos escritos, guiándonos, sobre todo, el ensayo *De notionibus juris et justitiae*, de 1693 (Erdmann, *Leibnitzii opera philos.—Berol.*, 1840, pág. 118), que es el que ofrece con mayor enlace las opiniones de dicho filósofo.—"El *concepto* de lo justo ha de referirse á Dios, lo mismo que los de la verdad y el bien. La justicia es propiamente un atributo esencial de la Divinidad; no depende, por tanto, de la voluntad de Dios, en términos de que pudiera éste hacer

*Wolff* (1679-1754), haciéndola tambien en parte más accesible y elaborándola con mayor enlace, método más riguroso y sentido más práctico, se difundió notablemente por Europa, y ha contribuido esencialmente al mejoramiento del estado jurídico, no habiendo influido poco esta éscuela de Filosofía del Derecho en las modernas codificaciones de Prusia, Francia y Austria.—Es clarísima su concepcion del perfeccionamiento, del *bien*, como *fin* del Derecho y de todo órden jurídico; pero no señala con exactitud el *cómo* ha de

justo lo injusto. La *fuente* del *conocimiento* de lo justo, ó su causa eficiente en nosotros, es la luz de la razon, encendida por Dios en nuestra alma. La justicia es una norma de conducta, y tanto se refiere á Dios como al hombre. El Derecho no sólo se refiere á los actos exteriores, sino tambien á los hechos *internos:* los sentimientos interiores se rigen tambien por determinadas reglas jurídicas. El Derecho tampoco se refiere sólo á las cosas útiles de la vida presente; el cristianismo y la verdadera filosofía rechazan tal limitacion. El Derecho es un cierto poder moral (*potentia moralis*) y el deber (*obligatio*) una necesidad moral. La justicia proviene del amor; pero es la virtud reguladora de éste, que llamaron los griegos filantropía: es por consiguiente el amor regido por la sabiduría. Mas el amor consiste en alegrarse de la felicidad, del bien de los otros: en sentir como propio el bien ajeno. El fundamento del Derecho es, pues, el bien (*das Wohl*) y el que quiera exponer los verdaderos principios de la Jurisprudencia, ha de comenzar antes por los de la *Ciencia del bien* (*a*). El *fin* del Derecho es el bien por lo tanto (*b*). La proteccion de la sociedad humana no puede constituir el fin de la justicia: pues que tambien formamos sociedad con Dios. Sin embargo, puede designarse como Derecho lo que *perfecciona* la sociedad de los séres racionales *(sed tamen putem, justum esse, quod societatem rationem utentium perficit.)* En la asociacion, halla el hombre auxilio para alcanzar su bien, su felicidad *(in consortio auxilium ad hominum felicitatem)*; por lo tanto, aquello que conduce al perfeccionamiento de la comunidad social, corresponde tambien al Derecho natural. *Tres grados* hay de éste: el *derecho estricto*, que consiste en la justicia conmutativa; la *equidad*, que corresponde á la distributiva, y la piedad (*pietas, probitas*), que pertenece á la justicia univer-

(*a*) En el sentido de bien *para* nosotros, provecho, felicidad (*das Wohl*), segun se ha indicado en la pág. 60 nota 1.ª—(*N. T.*)

(*b*) V. la sub-nota anterior.

realizarse aquel en el Derecho y *cómo* en la moralidad, y por esto deja sin distinguir suficientemente estas dos ciencias éticas, cuya mútua delimitacion exigida establece Kant más acertadamente que sus predecesores, pero con parcialidad y exclusivismo á su vez.

La *tercera* época empieza con la filosofía crítica de éste. Convirtiendo *Kant* (1724-1804) al espíritu reflexivo al puro exámen de sí propio, al *sujeto*, y á la indagacion de las *formas* ingénitas *de su pensamiento*, y desviándolo de todo

---

sal. De aquí, los tres preceptos: el del derecho estricto: *no hagas mal á nadie*; el de la equidad: *dá á cada uno lo que es suyo* (pero extendiéndose esta á deberes tales, que no crean en los interesados en su cumplimiento facultad alguna con que poder obligarnos á llenarlos); y el tercer precepto: *vive honradamente, ó mejor, piadosamente*: *honeste (vel potius pie) vivere*.

Debemos penetrarnos de que vivimos en un Estado perfectísimo bajo un monarca, Dios, por cuyo poder y providencia el Derecho se hace efectivo. La justicia universal pide además que no abusemos de nuestro cuerpo y nuestros bienes. Lo cual, tanto como las leyes humanas, lo prohibe el Derecho natural, esto es, las leyes eternas de la monarquía divina: toda vez que debemos reconocernos como de Dios, y como suyo cuanto poseamos. Pues (segun dice Leibnitz, interpretando con más alto espíritu el pasaje conocido de las *Instituciones*) así como al Estado, así tambien interesa más aún al Universo entero que nadie haga mal uso de sus bienes *(nam, ut rei publicae, ita multo magis universi interest, ne quis re sua male utatur.)* La coaccion no determina el carácter del Derecho, como tampoco el temor ni la esperanza. El hombre ha de obrar rectamente, por propia inclinacion de sus sentimientos: con lo que se asemejará su justicia á la de Dios. El temor y la esperanza sólo mueven á aquellos que no han alcanzado esta perfeccion. Tambien hay Derecho sin coaccion: un hombre, por ejemplo, que devuelve á otro una cosa que éste le habia confiado, pero de cuya entrega se habia olvidado luego por completo, obra rectamente, y sin embargo, no le es aplicable en el caso coaccion alguna.—Consúltese tambien la estimable exposicion de HINRICHS, *Historia de los principios jurídicos y políticos*, etc.—*Geschichte der Rechts- und Staatsprincipien* u. s. w., 1852, t. III; y ZIMMERMANN, *El principio del Derecho segun Leibnitz—Das Rechtsprincip Leibnitzens*, Viena, 1852.

fondo objetivo, físico ó moral, como «esencia incognoscible de las cosas,» distingue en la Ética como partes totales la Ciencia del Derecho y la de la virtud. Apóyase al efecto en motivos puramente subjetivos y formales, y eleva, especialmente en la primera de estas doctrinas, sobre la base del subjetivismo y para el fin de una *libertad* exterior, vacia de todo fondo, el formalismo á su más alto grado. Haciendo de la libertad, que no es realmente otra cosa que el poder de obrar para el logro de fines racionales, moralmente lícitos, el fin mismo de la actividad, concibe esta escuela el Derecho como *el conjunto de condiciones, para que puedan coexistir segun una ley general de la libertad, el albedrío* (1) *de cada uno con el de todos:* ley esta que cada cual puede hallar por sí mismo con sólo preguntarse si la accion que vá á ejecutar podria ser elevada á máxima general de conducta, susceptible de una legislacion universal. Semejante doctrina sólo podia crear formas abstractas, vacías, que debian tener valor general para todos los tiempos y pueblos, á las cuales sin embargo se les supuso, en fuerza de una ilusion, un contenido, que no poseian en realidad, imaginándose que por ellas se habia hallado y determinado un fondo que, por el contrario, procedia de un derecho positivo, el romano, sobre todo, que era el más difundido en el espíritu de los pueblos europeos (2). Reconoció sin embargo Kant dos aspectos esenciales del Derecho, al recono-

(1) Ahrens, en su *Der. nat.*, traduce la palabra alemana *Willkür* por la francesa *volonté*, traduccion no enteramente propia. *Willkür*, para Kant, denota la llamada libertad subjetiva ó indiferente, el puro arbitrio, á distincion de la verdadera y plena libertad racional *(Freiheit)*.—*(N. T.)*

(2) Los defectos del principio jurídico de Kant fueron señalados ya por Feuerbach en su trabajo: *Idea y necesidad de una jurisprudencia universal (Idee und Nothwendigkeit einer universal Jurisprudenz.)*—V. *la Biografía póstuma de Feuerbach—Feuerbach's biographischer Nachlass*, 2.ª edicion.

cer que éste era una *forma,* y que consistia en *condiciones.* Su error fué tan sólo haber sustraido al fondo del Derecho el bien moral, que resultaba determinado, en vez de ser determinante de aquel, como regla formal; y el limitar las condiciones á la pura coexistencia de la libertad de todos y cada uno, en lugar de referirlas en general á la vida racional del indivíduo y la sociedad, tanto para la coexistencia de unos con otros, cuanto para el mútuo auxilio entre todos. Tal coexistencia de libertades sin contenido es además en Moral un absurdo no menor que lo seria en Física la coexistencia de espacios vacíos.—Esta direccion subjetiva, abstracta y formalista, que condujo en el derecho privado á un sentido meramente lógico-exterior, que dejaba sin ahondar la naturaleza misma de las cosas y relaciones, y llevó en lo público á un criterio liberal, casi siempre vacío tambien y que para nada tenia en cuenta la época ni las circunstancias, provocó inmediatamente la oposicion de escuelas que se esforzaron por hacer valer de nuevo los elementos esenciales que la anterior habia desconocido en el principio del Derecho. Y así se propuso la escuela *histórica* (Savigny, Hugo) reconocer la evolucion y vida del Derecho en el tiempo, para llegar de esta suerte á una mejor interpretacion del estado actual; como tambien pretendió la escuela *teológica* (de Maistre, Baader, Stahl) concebir el órden jurídico y político, no cual producto de la voluntad humana, sino primeramente como un órden divino; de igual modo que se esforzó una escuela *filosófico-especulativa* (Hegel) en presentar el Derecho y el Estado como manifestacion involuntaria, producida segun ley inflexible mediante el movimiento dialéctico de la historia universal; surgiendo en diversas direcciones *éticas* la tendencia á enlazar más íntimamente el Derecho con la Moral, sobre todo.

Pero estas escuelas novísimas, en las cuales predomina la aspiracion á sustraer el principio jurídico y político de todo

fundamento subjetivo, concibiéndolo como un órden independiente de la voluntad individual, han indicado sin embargo *puntos de vista* sólo generales, han traido otro *modo*, no más, de considerar las cosas; pero ni remotamente han llegado á determinar en conceptos claros y precisos la esencia de este principio: de suerte que, relativamente al método científico, han quedado en muchos respectos inferiores al mismo Kant.

Tambien en esta esfera se deja ver la superioridad de la doctrina de *Krause*, que, á la vez que mantiene el método más riguroso y que mejor conduce á conceptos profundos, iniciado por Kant, y lo continúa en conformidad con las más altas exigencias del objeto, abraza además orgánicamente en una teoría ética completa todos los elementos esenciales del Derecho, parcialmente reconocidos hasta entonces. Aparece en ella el Derecho como relativamente *sustantivo*, pero en íntimo *enlace* con la religion y la moralidad; como un órden *divino* de la vida, ingénito en las relaciones de ésta, y que ha de ser reconocido por la *razon* y realizado por la *libertad;* como una idea eterna, que se manifiesta sin embargo en el desarrollo *temporal* del hombre y los pueblos, á cuyas condiciones históricas necesita plegarse; como una norma puramente *formal*, sin duda, pero que no puede carecer de fondo, antes bien ha de determinarse siempre en virtud de un contenido ético. Y en la doctrina de Krause reaparece el concepto platónico y cristiano de la justicia *interna,* que recibe en ella cabal elaboracion científica, así como se determinan tambien los límites entre el derecho interno y el externo segun la diferente responsabilidad, que, en aquel, existe ante Dios y nuestra propia conciencia ético-jurídica; y en éste, es externa como él. Finalmente, muéstranse en este sistema, unidas en más viva fundamentacion, las doctrinas capitales de Leibnitz y Kant, cuyo concierto es un fruto de la verdad que aquel encierra, y no un resultado intencional-

mente perseguido. Leibnitz concibió, en efecto, el *bien* ético individual y social, como *fin* del Derecho, cuya conexion íntima con todo bien divino y cuya suprema relacion con Dios llegó á reconocer; y Kant por su parte puso de relieve y precisó el importante principio, referente á la vida del hombre, de las *condiciones*, de las cuales no sólo depende, como él pretendia, la coexistencia de la libertad de todos, sino el bien individual y social que ha de ser libremente pretendido.

---

# CAPÍTULO IV.

## DE LAS FORMAS CON QUE NACE Y SE DESARROLLA EL DERECHO EN LA SOCIEDAD HUMANA, Ó DE LAS FUENTES DEL DERECHO.

### §. 1.—Significacion general de las formas en la vida del Derecho y del Estado.

El Derecho, aunque principio eterno, establecido por el órden universal divino, se desenvuelve en y con las relaciones de la vida humana, y toma segun las exigencias, grado y amplitud de la cultura, formas más ó ménos generales y características. La idea del Derecho puede subsistir puramente como tal en el espíritu; pero así como el alma necesita de un cuerpo para manifestarse, así tambien en la realidad no hay derecho alguno sin una determinada forma, que es su cuerpo vivo. Esta idea y esta forma han de ser atendidas por igual, y en una vida sana y para un desenvolvimiento normal jurídico, deben darse en mútuo concierto: verdad que ha sido frecuentemente desconocida ú olvidada, siguiéndose de ello siempre una perturbacion más ó ménos peligrosa en el organismo social. Al desdeñar por un lado la verdad fundamental de que la vida humana se rige y desenvuelve por medio de ideas, y que la actividad interna del espíritu es el verdadero poder que mueve la sociedad, se ha dejado de estimar la importancia de la idea del Derecho, y han pasado inadvertidas las variaciones realizadas en las

convicciones jurídicas sociales, variaciones que han exigido una informacion correspondiente del Derecho positivo; háse creido poder encadenar en formas dadas al espíritu, que tiende incesantemente á lo mejor, llegando al cabo á perder tan en absoluto todo su fondo interno dichas formas, que con frecuencia se han venido á tierra al primer choque exterior, dejando tras de sí una conmocion en lo moral, y en lo material una perturbacion.

De otro lado, á saber, procediendo desde puntos de vista abstractamente ideales, se ha desconocido la importancia y necesidad de estas formas de las ideas jurídicas y de su contínua informacion progresiva; y en vez de reconocer que tambien las ideas deben desarrollarse, madurar, expresarse determinada y claramente, si bien ante todo en el espíritu y sus obras, se les ha atribuido valor inmediato, pretendiendo tomar motivo de ellas para sobreponerse á todas las formas, obligadas á ceder á la idea como elemento superior. Esta direccion ha sido sostenida especialmente por una doctrina del Derecho y del Estado, que no acierta á concebir la evolucion gradual y contínua del espíritu en ciertas manifestaciones. Pero así como toda vida consiste en idea y forma íntimamente unidas y constantemente desenvueltas, así deben tambien las ideas jurídicas revestirse de formas penetradas de vitalidad, continuándose éstas de tal suerte, que, por el enlace de las nuevas con las antiguas, se sostenga y atestigüe la continuidad de la vida del Derecho. Se incurre, por tanto, en una opinion extraviada y perniciosa cuando se consideran las formas como cosa supérflua, no esencial, y sobre todo, en el derecho público, como rémora de los progresos sociales. Las formas pertenecen en la vida del espíritu, como en la de la Naturaleza, á la esencia de las cosas; son en la vida del Derecho la propia apariencia exterior de éste, la señal externa en que se le reconoce; proporcionan la justa li-

mitacion del círculo en que se cierra la actividad de cada persona, asegurando con esto el órden exterior, mientras que, sin los límites y auxilio que ella presta, se convierte en un caos toda vida, en las personas como en las cosas, cayendo en indefinida arbitrariedad. Mediante la forma, que lo estatuye, se *pone* (1) el Derecho, se hace *costumbre* exterior, siguiéndose de aquí la exigencia ética de que sean consideradas las formas jurídicas, en especial las leyes, como expresion de los hábitos y convicciones morales de la comunidad social (2). Segun lo cual, reconocemos claramente la alta trascendencia de la afirmacion: «*que todo Derecho ha de practicarse ó realizarse en forma tambien de Derecho.*» Puede, á la verdad, producirse un divorcio entre la forma y el fondo ó idea del Derecho: pueden las formas quedarse retrasadas respecto del progreso de la cultura, envejecerse y constituir un obstáculo real para éste progreso; pero subsiste firme el precepto jurídico y moral, que pide se apliquen las formas todavia existentes en el Estado para procurar su modificacion en lo que tienen de anticuado y su sustitucion por las nuevas. No se ha producido hasta ahora ciertamente el desarrollo de los Estados ni ha seguido su progreso por caminos de justicia formal, ni por ellos se han alcanzado las reformas; pero cabe esperar del creciente espíritu de órden y *prudencia*, que han de unirse siempre en lo futuro íntima-

(1) En aleman *Gesetz*, ley, viene de *setzen*, poner, establecer: así, la frase del texto *wird das Recht gesetz*, que significa "se pone el Derecho", alude tambien á la naturaleza de la ley y á la etimología de su nombre.—(*N. T.*)

(2) La significacion ética de la ley ha sido puesta de manifiesto con extremada belleza por PLATON en el *Criton* (8-14), al discutirse si Sócrates, prisionero, debia utilizar los medios que se le ofrecian para evadirse, especialmente en el discurso que hace pronunciar á éste acerca de las leyes: discurso que mereceria siempre formar parte de toda enseñanza jurídica.

mente las tendencias reformadoras y ese respeto á lo ya establecido, por el cual se han hecho grandes dos pueblos, el romano en la antigüedad y el inglés en los tiempos modernos: que sólo donde se conserva y extiende tal sentido, puede florecer una organizacion política, que garantice á la libertad su derecho mediante su robusta fuerza interna.

### §. 2.—De las fuentes del Derecho en general.

Si consideramos el modo, esto es, la forma de producirse el Derecho en la comunion humana, resultarán investigadas las *fuentes* de éste, pues así se llama aquello que le dá efectividad y validez. A nuestro tiempo, y especialmente á la escuela histórica, se deben los estudios más fundamentales de las fuentes jurídicas. En ellos, sin embargo, no se han distinguido hasta ahora, como correspondia, los dos factores esenciales de todas: el *fundamento* y la *causa* activa del Derecho, quedando aún oscuro, por tanto, el concepto mismo de fuente jurídica. La falta de profundidad con que ha sido formado por esa escuela el concepto del Derecho le ha impedido reconocer el fundamento real (objetivo) de su produccion, fundamento que en general ha puesto en un poder, en una facultad *subjetiva*, ya individual, ya social, haciéndolo consistir, ora en la *voluntad*, ora en la *conciencia comunes* ó *nacionales*. Semejante principio establece un inmediato enlace entre las dos escuelas más opuestas, la abstracto-liberal y la histórica; aunque las consecuencias, sin embargo, difieren, por razon de otros elementos contenidos en cada una de estas doctrinas (1). Pero el subjetivismo de su principio co-

(1) Es sabido que, á causa de su teoría sobre que el Derecho nace de la *voluntad general* ó de la *conciencia nacional*, fué culpado SAVIGNY de manifestar y favorecer cierta tendencia *democrática*: acusacion injusta, con todo, pues se oponen de medio á medio á semejante *tenden-*

mun no varia porque sea de diversa especie el sujeto admitido por ellas. Todo el tratado de las fuentes jurídicas pide, pues, una reforma esencial, que tampoco puede ser llevada á cabo sino mediante el reconocimiento del aspecto *objetivo* del Derecho, y su adecuado enlace con sus elementos subjetivos.

En toda génesis ó fuente del Derecho, así como en su progresiva elaboracion, de que se hablará despues, deben distinguirse, como ya se dijo, el *fundamento real* (objetivo) y la *causa eficiente* (subjetiva): cuya union y congruencia forma la verdadera, completa fuente (1). El fundamento

---

*cia* otros elementos de su doctrina, como, por ejemplo, su teoría sobre la produccion *gradual* y *orgánica* y la *continuidad* del Derecho; y otras varias. No es por esto ménos falso su principio, ni ha dejado de llevar á otros errores. La defensa que contra la inculpacion ya dicha pretende fundar STAHL (*Fil. del Der.* 3.ª ed. pág. 240) en "que el principio interno de la escuela histórica no es que el Derecho reciba su *eficacia* de la *voluntad* nacional, sino que el *contenido* del Derecho procede de la *conciencia* nacional, tampoco es sostenible. Pues, aunque se hiciera con toda exactitud esta distincion, lo cual no ha ocurrido (V. págs. 65 y 79, nota 2), todavia llevaria consigo el gérmen de todo género de yerros, al no reconocer el *contenido* del Derecho en las relaciones mismas de la vida, dejándolo brotar, por el contrario, de un poder psicológico subjetivo, sea la voluntad, sea la conciencia del pueblo.

(1) En su escrito antes citado (pág. 63) *Sobre el análisis dogmático de las instit. jurídicas romanas*, 1854, donde acusa al método iniciado por Savigny de "no haber sido productivo, sino reproductivo tan sólo," y censura á éste "por no haber contemplado las cosas mismas, sino su imágen en el espejo de Roma," el profesor LEIST es quien por vez primera ha empezado en nuestros dias preparando un método más exacto, á distinguir en la produccion del Derecho una doble *causa* como él dice: *formal* y *material*; "la primera, añade, que hasta ahora ha sido la única atendida, es la voluntad comun de la nacion, expresada en las leyes y costumbres; la segunda, estimada en toda generalidad, es el fundamento en que se apoya esa voluntad comun para decidirse de uno ú otro modo (*ratio*), y que, considerado luego más en especial, es á su vez de dos clases: ó separado de la causa formal y

objetivo procede de las relaciones de la vida (1), que se condicionan mútuamente; la causa activa está por el contrario en la voluntad, que se *determina* á su vez por los diversos modos del conocimiento y por el sentimiento. Aquel es sobre todo el que tiene importancia predominante en sus dos direcciones más opuestas, á saber: la *intuicion* inmediata, que depende del instinto, y la *razon*, que concibe lo general,

subsistiendo sin ella, siendo entonces el punto de que arranca inmediatamente la voluntad comun, ó indisolublemente unido á ésta, dado y puesto en ella misma, que crea entonces con propia original iniciativa, no recibiendo la imposicion inmediata de las relaciones, sino sometiéndolas á su imperio. Ahora bien, la causa material de la primera especie, que existe independientemente de la voluntad general, no consiste en otra cosa que en aquellas leyes naturales (véase sobre ello lo dicho antes, pág. 66, nota), que constituyen la naturaleza real del Derecho, y á cuya indagacion debemos aspirar.»—Por nuestra parte, ya hemos declarado (l. c.) la deficiencia de tales leyes naturales, para cuya determinacion quiere el autor llamar en su auxilio al *jus naturale* y á la *ratio naturalis* de los romanos. Es con todo un verdadero servicio el que ha prestado, al indicar la necesidad en que se está aún de admitir en la produccion del derecho positivo una doble causa, como él la llama; la formal, ha sabido reconocerla atinadamente en la voluntad; pero el fundamento material sólo puede hallarse en la total complexion de las relaciones éticas de la vida. Hace tiempo que en mi *Fil. del Der.* he establecido, al tratar de los modos capitales de producirse éste, la diferencia entre el fundamento y la causa, la materia (el fin ético) y la forma; y es sólo de desear que se aplique y extienda semejante distincion á todos los principales problemas jurídicos.

(1) Debe notarse, por su grandísimo interés esta distincion, que conduce á reconocer el punto crítico donde se tuerce y descamina la escuela histórica. La «conciencia nacional» no es, como su principio coordenado de la «voluntad nacional ó general» sino el órgano del Derecho en la vida; no el fundamento del Derecho mismo. Concíbase éste como se quiera, siempre será menester pensarlo como algo sustantivo é independiente en sí propio de la conciencia y voluntad sociales. Para sostener otra cosa, hay que negar la preexistencia *(ratione, non tempore)* del Derecho, y considerarlo tan sólo como un mero producto subjetivo de la conciencia nacional. Así vino á parar la escuela histórica lógicamente á esta negacion (Hugo, Savigny y últimamente

los principios: lo cual se explica porque el conocimiento forma donde quiera, y por tanto tambien en el Derecho y su vida, el tránsito, el puente, por decirlo así, entre el sujeto y el objeto. De aquí, que siempre en el Derecho y sus fuentes hay que atender al *conocimiento*, segun el cual se determinan la voluntad de los indivíduos y la de la sociedad. En la doctrina de la conciencia nacional, llegó la escuela histórica hasta ese puente que lleva del sujeto á la cosa; pero no lo ha pasado sin embargo.

El *fundamento objetivo* del Derecho lo constituyen las *relaciones* mútuamente condicionales de la *vida*, las cuales se desarrollan segun leyes propias, que, directamente, no dependen en manera alguna del Derecho, y deben ser *reconocidas* ante todo, y aplicadas luego como *normas* para la *vo-*

el reputado Sumner Maine, en su *Derecho antiguo—Ancient law)*, sin echar de ver que no bastaba la tenaz enemiga que ha mostrado siempre contra la teoría del liberalismo abstracto, y señaladamente contra Rousseau, para corregir el carácter subjetivo y arbitrario de esta doctrina: pues entre llamar Derecho á lo que el pueblo como tal *quiere y declara* (Rousseau) y reservar este nombre á lo que el pueblo como tal *entiende y produce*, ante todo en forma de costumbre (Savigny), la diferencia no es tal que alcance á dar al órden jurídico una estabilidad superior á la que le concede el reconocimiento del sujeto, aunque supongamos con nuestros teólogos del siglo XVI que la multitud obra en este caso *divinitus erudita*, á lo cual, por otra parte, tienden á su modo ambas opuestas doctrinas. La preferencia por la costumbre ó por la ley establece entre ellas luego verdadera distincion; pero en cuanto á la propia realidad, á la prioridad objetiva del Derecho, respecto de su conocimiento y manifestacion por el hombre, los históricos no han alcanzado á fundarla ni á apartarla de la arbitrariedad; igualándose con Rousseau, con Bentham, con el moderno positivismo y evolucionismo (Kirchmann, Spencer, Bagehot, Hellwald, etc.), y aun en cierto modo con el mismo Hegel, cuyo famoso axioma, puesto al frente de su *Filosofía del Derecho* ("todo lo real es racional" y viceversa) jamás ha querido entender el autor con la crudeza que se ha supuesto, y contra la cual protesta el último representante de su doctrina jurídica en Alemania: Michelet (de Berlin) *Derecho natural —Naturrecht*, I. pról.—(*N. T.*)

*luntad*, al realizar ésta lo justo. Así se producen y desenvuelven las relaciones religiosas, morales, económicas, segun leyes que no debe pretender la arbitrariedad dominar, modelar y regir caprichosamente por medio del Derecho. Verdad es que así ha acontecido muchas veces; pero jamás sin producir como consecuencia una dislocacion é impedimento del curso regular de la vida. Estas relaciones con sus leyes y merced á la cohesion que las une, forman un poder en la vida, que, si es desconocido en ocasiones, acaba por hacerse valer. Constituyen, á modo de fuerza viva, el impulso interno que lleva á la produccion del Derecho y sus normas, y se desarrollan segun reglas internas, que pueden ser llamadas una lógica real, expresada tambien en el Derecho y su génesis, por igual manera inconscia que en el lenguaje, y que arranca de las cosas y á ellas se encamina; mientras que, en oposicion á tal lógica de las relaciones, el habitual formalismo abstracto no contempla las cosas mismas, las relaciones reales, sino que vive de sutiles teoremas. Constituyen semejantes relaciones la verdadera *naturaleza de las cosas* (1); á que frecuentemente alude la Ciencia jurídica moderna, y á cuyo influjo, especialmente desde que *Runde* la elevó á principio y guía de indagacion en el Derecho privado aleman, se deben con frecuencia una mejor concepcion y una determinacion más exacta de las relaciones jurídicas. Pero poco se alcanza, sin embargo, con esta pura fórmula. Para penetrar en la «naturaleza de la cosa» necesitan el jurisconsulto y el hombre de Estado familiarizarse antes con las principales ciencias éticas de la vida, con la Filosofía de la religion, con la Moral y con la Economía política en sus ramas capitales: con lo cual podrán llegar, mediante una Filo-

(1) Frase técnica, que en la Jurisprudencia moderna equivale á "fondo de la cuestion", "índole del asunto" y otras análogas.—(*N. T.*)

sofía ética del Derecho, á formar un concepto de éste que aplicarán luego como clave para descubrir en aquellas relaciones el elemento jurídico y poderlo comprender.

No se ocultó al pensamiento filosófico, á ninguna concepcion profunda esta verdad de que la naturaleza de las cosas es el fundamento verdadero del Derecho y de las leyes. Así explica ya *Ciceron* la *lex*, diciendo que es una *naturae vis*, ó la *ratio summa insita in natura;* y *Montesquieu*, que concibe las leyes como siendo, en su más amplio sentido, «las relaciones necesarias derivadas de la naturaleza de las cosas» *(les lois, dans la signification la plus étendue, sont les rapports nécessaires qui derivent de la nature des choses)*, inició un principio grandioso, sobre todo para el derecho público: que se indaguen do quiera las relaciones *condicionales;* si bien, extraviado por la consideracion de las influencias exteriores, perdió de vista en gran parte la naturaleza interna de las cosas. Tambien el Derecho natural vislumbró esta idea, aunque confusamente: pues trató de deducir el Derecho de la naturaleza del hombre. Erró tan sólo al creer podia alcanzar el conocimiento de ésta, á partir de un «estado natural» ó mediante algunos conceptos antropológicos superficiales ó con el mero auxilio de fórmulas lógicas. Este Derecho natural anticuado se arruinó ciertamente; pero subsiste la necesidad formulada en su concepto fundamental. La escuela histórica ha creido poder reemplazar toda Filosofía del Derecho por la sencilla nocion de la «naturaleza de las cosas»: la cual, siendo por su generalidad una fórmula tan vana como lo ha sido en las tendencias todas del Derecho natural, pide ser vivificada mediante la investigacion de las relaciones, y de la esencia ética del hombre y la sociedad por tanto.

Pero esta naturaleza de las cosas, concretada en las relaciones de la vida, no es aún la fuente del Derecho, mas sólo el factor objetivo de la misma. Exígese todavia una transi-

cion al conocimiento y sentimiento para despertar la *causa*, la voluntad activa del sujeto jurídico.

El segundo factor para la produccion del Derecho es, pues, la *causa activa*, la *voluntad* de los miembros que constituyen una comunidad, viviendo en ella. Pero la voluntad misma no es en general otra cosa que el poder causal, que se determina siempre á obrar por ciertos impulsos, motivos, que el sentimiento y los diversos grados antedichos del conocimiento le prestan. Constituye la voluntad el momento final de las determinaciones interiores, y forma el tránsito á la efectividad exterior. De aquí, que, partiendo de un punto de vista subjetivo, se la haya mirado con razon como la propia fuerza creadora en la vida del Derecho y del Estado.

Mediante los actos y hechos de la voluntad, se *pone* el Derecho, se establece, se hace *positivo*, precepto humano, tésis jurídica. Esta posicion del Derecho por la voluntad humana puede ser llamada con exactitud *ley;* pero si se reserva esta denominacion para una particular especie de derecho positivo, es preciso conservar aquí el concepto de *posicion* ó *afirmacion del Derecho* como expresion general.

Pero la posicion del Derecho se ofrece en *dos* maneras ó *formas*, segun el diverso modo como se exterioriza la voluntad determinada por el impulso jurídico, y segun la respectiva extension ó amplitud que tiene la posicion, esto es, la esfera de su validez. Estas dos formas inmediatas. son la *costumbre* y la *ley:* pues, ó bien la voluntad se determina *predominantemente* por el *sentimiento inmediato* (instinto) y la *necesidad* del Derecho, el cual, establecido así en una relacion (caso), vale en *general;* ó bien obra por *reflexion* y *razon*, abrazando un principio comun á todas las relaciones iguales y estableciendo una norma obligatoria para cuantos indivíduos se encuentran en la misma situacion. Intuicion inmediata y razon son sólo *predominantes* en ambas posicio-

nes de la voluntad: no excluyéndose por tanto el elemento racional, de la costumbre, ni dejando el instinto tampoco de concebir felizmente algun principio general en la ley (1).

A más de las formas indicadas, se suele en la época moderna, á partir de Savigny, considerar tambien como una fuente general jurídica el *derecho científico,* producido por los jurisconsultos. Pero, si bien debe ser estimado como fuente del Derecho el que elaboran los juristas, en la Ciencia como en la práctica, no es posible, con todo, ponerla como cordenada á las dos fuentes anteriores, pues no es como ellas inmediata, sino mediata: debiendo distinguirse las fuentes inmediatas de las mediatas. Considerémoslas por separado.

### A.—*Fuentes inmediatas del Derecho.*

1. La *costumbre,* hija de la necesidad del momento, aparece, sobre todo en las creaciones jurídicas primitivas, como la primera fuerza generadora del Derecho, innata en el hombre. Procede inmediatamente, no de la voluntad ni de la conciencia del pueblo (2), sino de actos voluntarios de determi-

(1) Además de estas dos formas *generales* de producirse el Derecho, ó fuentes jurídicas, se dan tambien otras *especiales,* de que sólo nacen derechos para *determinadas* personas: los cuales, así se engendran por la voluntad de un individuo, segun acontece en el testamento, como por la de muchos, segun ocurre en los contratos. Siempre, sin embargo, son tales disposiciones voluntarias formas, no más, cuyo fondo constituye lo primero y esencial de aquellas y de su base jurídica. La distincion entre fundamento y causa, fondo y forma, áun en estas fuentes especiales (en el contrato singularmente, que es la más importante) está consignada tambien años ha en mi *Filosofía del Derecho,* mucho antes de que llegara á reconocerla, como por fin lo hace hoy, la Ciencia del derecho positivo; no hay para qué defenderla ya, por tanto, de los ataques tan infundados que, así de la Filosofía como de la Jurisprudencia, provocó en otro tiempo.

(2) Si "inmediatamente" quiere decir que el pueblo, como ninguna personalidad social, no obra sensiblemente sino por medio de sus miembros, la observacion parece insuficientemente motivada; si, por

nados indivíduos, que establecen como Derecho para ellos ciertas reglas: proponiéndose que valgan en general para ulteriores relaciones semejantes. Repitiéndose tales actos é imitando otros indivíduos en fuerza de igual necesidad la conducta de los primeros, se convierten en *costumbre, hábito.* Así, pues, un acto primitivamente nacido del sentimiento y la conciencia del Derecho; su repeticion y su imitacion determinada, ora por la igual necesidad que surge para todos los miembros de un cuerpo social de tener reglas comunes permanentes para el régimen de las relaciones de su vida y comercio, ora tambien por el sentimiento de consociedad, que exige prácticas comunes para que ésta se afirme: tales son los elementos internos, éticos, en que tiene su raíz viva la determinacion de la costumbre (1). Atendiendo ahora á la esencia de ésta, se explica bien por qué se extiende su imperio más allá de sus iniciadores, á saber: porque cabe aplicarla á iguales relaciones de otros miembros de la sociedad. En el orígen de la costumbre, obramos *para otros:* fenómeno justificado

el contrario, se pretende con esta palabra dar á entender que la costumbre nace primeramente en el indivíduo y se eleva desde él gradualmente, por la repeticion á uso social y adquiere el rango de regla jurídica, la afirmacion resulta, por lo ménos, incompleta. El indivíduo, *como tal*, esto es, como persona independiente y sustantiva, *jamás* tiene el poder de establecer reglas para la comunidad; y un número infinito de indivíduos ó de actos repetidos no tendrian mayor fuerza tampoco. El indivíduo en estos casos obra en representacion del todo social, de que es miembro, al cual pertenece únicamente aquella funcion y de cuya conciencia ó *intento* (no de la pura repeticion) recibe su fuerza la regla consuetudinaria, segun reconoce tambien el autor en las palabras: "proponiéndose que valgan para ulteriores relaciones semejantes." Por esto puede á veces un sólo precedente "hacer ley," ó sea "servir de regla," como acontece en ocasiones en los tribunales.—(*N. T.*)

(1) Con razon dice WALTER (*Sist. del Der. comun privado de Alemania—System des gemeinen deutschen Privatrechts*, 1854, pág. 25): "El fundamento último de la fuerza obligatoria del derecho consuetudinario es un principio ético, y consiste en la autoridad que tiene

préviamente por la comunidad ética y jurídica de la vida.

Pero hay que distinguir la costumbre, como série de actos uniformemente repetidos por largo tiempo (correspondiendo al juez estimar el número de los casos y la duracion de este tiempo), del *derecho de la costumbre* (1), por el cual se refiere el factor subjetivo, la causa activa, al fundamento real. No toda costumbre alcanza valor jurídico; pueden nacer algunas torcidas y absurdas, que no deben llegar á valer. El derecho consuetudinario debe establecer, por tanto, las condiciones para que tenga valor jurídico una costumbre. Son estas: 1) la conformidad con las relaciones de la vida y comercio social, que han de ser regidas por ella. Aquí debe tenerse presente la «naturaleza de las cosas» que encierra una necesidad interna. Por lo cual, 2) debe la costumbre haberse introducido por suposicion ó conviccion de una necesidad jurídica. De lo que se sigue ulteriormente 3) la condicion de racionalidad *(consuetudo rationabilis)*, que exige el derecho canónico, y á que alude de muchos modos tambien (2) el ro-

para el hombre moral lo que estima indudablemente justo." Advierte tambien que Savigny, Puchta y otros, que han querido derivar aquella fuerza, aquel elemento de una supuesta voluntad comun ó nacional, no han llegado á discernir la base ética del derecho consuetudinario. Estos jurisconsultos, sin embargo, han puesto de relieve muchos de sus elementos morales, y aun hecho reconocer precisamente la *costumbre* objetiva en el Derecho; siquiera hayan buscado erradamente su fuerza obligatoria en aquellos principios subjetivos, la conviccion ó la voluntad del pueblo.

(1) La expresion: *Gewohnheitrecht* (derecho de costumbre) tiene un doble sentido: pues así comprende el derecho formado por la costumbre, al cual vendria mejor el nombre de derecho consuetudinario *(gewohnheitliches Recht)* como tambien aquello mediante que se eleva la costumbre á derecho, significacion que es la que tiene en el texto dicho término.

(2) L. 39 D. *de leg.* (1. 3). *Quod non ratione introductum est, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet.*—L. 1. C. *quae sit l. c.* (8. 53). *Nam et consuetudo praecedens et ratio, quae consuetudinem suasit, custodienda est.* Véase acer-

mano. 4) Niegan expresamente estas condiciones que pueda la costumbre oponerse á los buenos usos morales, á la razon, ni nacer de una opinion errónea sobre el derecho positivo. En la práctica, hay que contentarse frecuentemente con estas condiciones negativas y de puros límites, tratándose de relaciones de derecho privado, sometidas á la libre determinacion de los indivíduos.

Admite la costumbre diferentes formas, que se revelan con toda decision en el derecho privado aleman. El derecho consuetudinario es, en los grados inferiores de cultura de los pueblos, predominantemente derecho *no escrito;* así se presenta primitivamente en las razas germánicas, entre las cuales vivió en el saber inmediato de las gentes capaces, que fueron elevándolo por el testimonio de sus fallos (1). En ulteriores fases de mayor civilizacion, pasó ya á ser derecho *escrito.* De este modo nacieron los *Espéculos* (2), los privilegios y fueros (3) y otras formas del derecho escrito en la Edad media, sin perder, con todo, el carácter consuetudinario, reconociéndolo al cabo los jurisconsultos en sus libros y los jueces en sus sentencias.

El derecho consuetudinario tiene grande importancia, no sólo en la esfera privada, sino tambien en la pública, política é internacional. En efecto, la vida del Estado puede regirse por las costumbres en lo tocante á la organizacion y administracion, y éstas cambian siempre con el progreso de

ca de esto á SAVIGNY, *Sist. del der. rom. act.*, t. 1, págs. 144 y siguientes.

(1) *Weisthum*, fallo, decision; literalmente, indicacion (*weisen*, indicar) de los hombres prudentes y experimentados de los prohombres (*der Weise*, el sábio).—(*N. T.*)

(2) *Rechtspiegel*, espejo de derecho, á modo de Enciclopedias jurídicas, como los célebres de Suabia y Sajonia, ó nuestro *Espéculo* del Rey sábio.—(*N. T.*)

(3) *Hofrechte*, privilegios y fueros emanados de la autoridad real. —(*N. T.*)

aquellas. Viene á ser el derecho internacional, atendida su principal fuente, un derecho consuetudinario, formado por los usos y prácticas; si bien la razon reflexiva tiende siempre á someter cada vez más á su imperio en esta esfera las relaciones jurídico-políticas, nacidas del progreso de la cultura y del movimiento y comercio sociales, formulando para ello pactos, que se convierten en leyes para las partes contratantes.

En la historia de la teoría del derecho consuetudinario, debe hacerse notar como un servicio debido á la escuela histórica, el haber demostrado ser la costumbre una fuente verdaderamente *sustantiva, independiente.* Hasta entonces, se habia hecho derivar el derecho consuetudinario sólo del consentimiento tácito del legislador, en cuya voluntad se ponia el orígen de todo derecho positivo. Los fundadores de aquella escuela (Hugo, Savigny) mostraron, por el contrario, que el Derecho, como todas las demás creaciones del espíritu humano, el arte, la ciencia y especialmente el lenguaje, brota primordialmente de la exteriorizacion inmediata y en parte inconscia del espíritu nacional, apareciendo ante todo en forma de costumbre y fijándose ulteriormente en la de ley. Puchta (1) trató despues de penetrar más en la esencia de la costumbre, al buscar su fundamento jurídico más profundo. Distinguió, con efecto, más exactamente el derecho consuetudinario, de la costumbre, como mera práctica uniformemente repetida de una regla aceptada como Derecho; estimando con razon que la costumbre, en cuanto puro hecho exterior, que hasta puede fundarse en relaciones viciosas, no constituye por sí misma Derecho. Para este pensador, tiene el derecho consuetudinario su fundamento en la *conviccion jurídica del pueblo* ó de sus miembros, y la costumbre, la práctica, representa sólo la expresion exterior y

(1) G. F. Puchta, *El derecho consuetudinario (das Gewohnheitsrechts)* parte 2.ª Erlangen, 1828, 1837.

el medio en que se revela aquel. Pero, si bien es exacta su distincion entre la costumbre y el derecho consuetudinario, no llega con todo á reconocer la naturaleza real de éste: pues aunque se eleva desde la regla práctica, meramente efectiva, impuesta por la voluntad, hasta el concepto de la conviccion como el elemento que la hace posible, no traspasa sin embargo la esfera de lo subjetivo. En efecto, el Derecho en su fundamento real tiene que determinar precisamente las condiciones bajo las cuales alcanza la costumbre fuerza jurídica, y que proceden ante todo de la conformidad con las relaciones de la vida, cuyo exámen vá á ocuparnos.

Pero la gran importancia que tiene una consideracion fundamental de la esencia del derecho consuetudinario, no justifica la exajerada estimacion que de él, como fuente jurídica, ha hecho la escuela histórica: pues nunca será predominante, sino en los grados inferiores de la cultura de los pueblos. Ya las costumbres, por su modo de nacer, dan lugar á una multiplicidad y variedad que, en el derecho privado especialmente, sometido de suyo á un ámplio influjo de la libre iniciativa de los indivíduos, pueden llegar á ser tales, que se pierda toda unidad en la conciencia jurídica nacional, convirtiéndose con esto casi en una ironía la doctrina que pretende fundar la costumbre en la voluntad general ó en la conciencia pública. Semejante diversidad y discordancia fomenta la inseguridad del Derecho y opone un obstáculo á todo movimiento comun en la vida social y al vivo desarrollo jurídico de sus relaciones, concluyendo por ser tan general su influjo opresor, que sólo hay remedio para él en una codificacion parcial ó completa, la cual hasta hoy ha sido siempre un beneficio para los pueblos y su estado de Derecho (1).

(1) Teniendo este asunto de la costumbre jurídica tan capital interés, sirvió de tema para el concurso abierto en la Facultad de Dere-

En cambio, en los Códigos modernos, nacidos bajo el impulso de la teoría opuesta, y en los cuales se ha creido deber evitar la reproduccion de los inconvenientes ocasionados por la diversidad del derecho consuetudinario, ha quedado éste excesivamente restringido (1). Así declara el Código austriaco (§. 10): «que no se pueden tener en cuenta las costumbres, sino en los casos en que una ley se refiere á ellas (2).» Con lo

---

cho de la Universidad de Madrid por la familia del inolvidable y malogrado Profesor de Derecho natural y romano, D. José María Maranges, para honrar su imperecedero nombre: acuerdo digno de la ocasion y la persona. El tema se redactó en estos términos: *La costumbre como fuente del Derecho, considerada en sus principios y en su valor é importancia en Roma.*

Seis fueron las Memorias presentadas; y obtuvo el premio, por voto unánime, la del opositor D. Joaquin Costa y Martinez. El importantísimo estudio del Sr. Costa se divide en dos partes, correspondientes á las dos cuestiones del tema, á saber:

1.ª El DERECHO CONSUETUDINARIO EN SUS PRINCIPIOS, cuyos capítulos son:—I. *La vida del Derecho.*—II. *El hecho consuetudinario.*—III. *La regla consuetudinaria.*—IV. *Relaciones de la costumbre con la ley; arte de la legislacion.*—V. *Relaciones con la Naturaleza y con los fines de la vida.*—VI. *Esferas de la costumbre jurídica* (*individual, doméstica, municipal, provincial*, etc.)—Apéndice: *Historia de las doctrinas sobre la costumbre de Derecho.*

2.ª EL DERECHO CONSUETUDINARIO ROMANO, que abraza:—I. *Período monárquico-patriarcal; ley tutelar y religiosa.*—II. *Período aristocrático.*—III. *Período poliárquico municipal; derecho plebiscitario y honorario.*—IV. *Período monárquico-imperial ó autocrático; ley pragmática y jurisprudencia.*

De toda esta Memoria, el único capítulo publicado ha sido el primero (*La vida del Derecho*; Madrid, 1876; 242 págs. en 4.°), cuyo plan basta para hacer comprender su interés.—(*N. T.*)

(1) *Cód. prusiano*, §. 314; *Cód. civil austriaco*, §. 10.

(2) El Código de las Partidas consagra el valor de la costumbre, diciendo que puede *hasta tirar las leyes*, y explica su formacion, haciendo constar que *del tiempo nace el uso, del uso la costumbre, de la costumbre el fuero*. Para que el uso produzca la costumbre, es necesario que sea útil y no perjudicial al bien comun, ni contrario al Derecho natural; que se establezca públicamente, no por actos clandestinos; que sea consentido ó no contradicho por el Soberano; que se haya

cual no se proscribe, ciertamente, la persistencia y ulterior informacion de costumbres jurídicas en otras esferas, por ejemplo, las del comercio y la industria; pero sí queda demasiado reducido el campo de aquellas en la esfera comun de las relaciones generales civiles. Semejantes limitaciones extremadas contradicen las exigencias de la vida, niegan la libertad jurídica, que tiende á mostrarse tambien en el mejoramiento de las relaciones, sobre la base de las nuevas costumbres y opiniones sociales, sin que lleguen finalmente á tener mayor éxito que la prohibicion hecha por Justiniano á los jurisconsultos de comentar sus nuevos Códigos, creyendo prevenir así la nueva formacion de opiniones discordantes (1).

---

observado constantemente por diez ó veinte años; que se hayan dado con arreglo á él dos sentencias uniformes ó se hayan desechado en principio las demandas presentadas contra su observancia.

La costumbre es un elemento histórico de gran importancia en la legislacion catalana; pero hoy no tiene valor contra ley, aunque tales usos, y aun verdaderos abusos, fueren observados por tanto tiempo, que no haya memoria en contrario.

En Aragon, cuyas *Observancias* fueron una legislacion consuetudinaria, es necesaria la costumbre inmemorial para que se derogue el fuero.

En Navarra, es la costumbre fuente de Derecho y de ella se derivan algunas instituciones existentes.

Ni el Código Napoleon, ni el portugués, ni el italiano, hablan de la costumbre como fuente de Derecho, salvo en casos particulares en que terminantemente dicen que se guarde aquella. Esto, no obstante, algunos escritores sostienen, á nuestro juicio con razon, el valor permanente de la misma, hasta cuando es contra ley.—(*N. T.*)

(1) Las capitales sentencias de los romanos sobre el derecho consuetudinario son las siguientes: *l.* 32, §. I. *D. de leg.* (1. 3). (JULIANO): *Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur et hoc est jus, quod dicitur moribus constitutum. Nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant quam quod judicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sino ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes. Nam quod interest suffragiis populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis et factis? Quare rectissime et illud receptum est, ut leges*

2. La *ley* ó el *derecho legislado* es el Derecho establecido por el órgano del Estado autorizado al efecto, y hecho obligatorio mediante la conveniente publicacion. La Constitucion de cada Estado determina el modo y manera de establecerse las leyes: al juez, toca sólo, al aplicarlas, asegurarse de que se guardaron tales modos (1) en su establecimiento. Respecto de la publicacion, mirada con motivo como una condicion para la eficacia de la ley, rigen disposiciones diversas en los Estados; es, con todo, regla general, para que se realice el supuesto obligado (2) de que «todos conozcan las leyes pátrias,» que no tengan éstas fuerza de tales hasta pasado algun tiempo desde el dia de su publicacion ó de su aparicion en las Colecciones legislativas impresas.

*A)* La *causa* de la ley es la voluntad, que ha de determinarse, sin embargo, siempre por motivos tomados de las relaciones mismas que se trata de normalizar. Pero este fundamento de la ley forma con la voluntad, que es la causa, una unidad indivisible, de tal suerte, que hay que atender sólo á la forma en que la voluntad se expresa. En determinados casos, sin embargo, en que hay que interpretar su mis-

---

*non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per* DESUETUDINEM *abrogentur*. Acerca del sentido del rescripto publicado en 319 por CONSTANTINO, concerniente á la abrogacion y derogacion de las leyes, véase *l.* 2. C. *quae sit longa cons.* (8. 53), la cual establece que: *Consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est: verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut* LEGEM; véase SAVIGNY, *o. c.* págs. 420 y siguientes. Parodia este pasage el *Derecho feudal lombardo—Lombardischen Lehnrecht* (de OBERTO) 2. Feud. 1.: *Legum autem Romanarum non est vilis auctoritas, sed non adeo vim suam extendunt ut usum vincant aut* MORES. Aquí se deja ya ver la huella del espíritu germánico, que, al recibir el derecho romano, lo modificó en muchos respectos.

(1) De lo cual jamás puede olvidarse una magistratura digna y severa, que cumple honradamente su mision.—(*N. T.*)

(2) No sin fundamento juzga Röder este supuesto como una ficcion, cuya injusticia, á veces, raya en crueldad.—(*N. T.*)

ma expresion, ó en que la ley ha de recibir una aplicacion *análoga*, es preciso volver á su fundamento, á la *ratio legis:* bien sea éste el reconocido y propuesto por el legislador, bien exceda, como en el segundo caso, de su intencion y propósito.

*B)* La *eficacia* de la ley debe considerarse en tres respectos y direcciones, á saber: segun el tiempo, la esfera de su accion y las personas á ella sometidas.

*α)* En cuanto al *tiempo*, rige como axioma el de que las leyes no tienen fuerza retroactiva *(leges ad praeteritum non sunt trahendae)*, esto es, que son aplicables sólo á los casos ocurridos despues de su publicacion, no dañando de esta suerte derechos anteriores *bien adquiridos* (1). Sin embargo, no vale este principio, sino tratándose de las relaciones de derecho *privado*, y aun en ellas sufre una excepcion en todos los casos, en que las leyes se refieren á intereses públicos.

La naturaleza de las cosas no consiente que tenga aplicacion dicho principio en el derecho público, ni en el procedimiento judicial. Los derechos políticos están dados en interés de la comunidad; no pasan á ser peculio de los individuos; no cabe contarlos, por tanto, en el número de los bien adquiridos por éstos, y cabe que los varíe y aun los anule en todo tiempo el poder social legítimo, como pasa, por ejemplo, con el derecho electoral. En los procedimientos civiles y criminales, donde se trata sólo de llegar á saber la verdad de los hechos, no hay interés privado de ninguna especie que pueda pretender con razon el mantenimiento del régimen precedente.

(1) Importantísima adicion, que basta á condenar toda transaccion y composicion con meros intereses *de hecho*, v. gr. los nacidos de la esclavitud en las colonias modernas (por ejemplo, el temperamento de adoptar la llamada "abolicion gradual", la supuesta "indemnizacion" á los tenedores de esclavos—no á estos, que seria lo justo—etc., etc.)—(*N. T.*)

Al contrario, en el derecho criminal, pueden bien aplicarse las leyes nuevas más suaves (pero no (1) las más severas) aun á los casos anteriores á las mismas.

Las leyes pierden su fuerza por acabar el tiempo para que fueron dadas, ó por reemplazarlas otras que las varian *(lex posterior derogat priori)*, ya abrogándolas totalmente, ya derogándolas en parte; ó tambien por la formacion de un derecho consuetudinario opuesto.

β) La esfera *local* á que se extiende la fuerza de la ley se determina por la del territorio del Estado que la establece. Es regla en esto que el juez debe aplicar sólo las leyes de su pátria. Con todo, el interés de las relaciones internacionales y aun el de los súbditos de cada pueblo llevan á que se dé validez en un país á los actos jurídicos ejecutados fuera de él. Ocurren siempre, sin embargo, colisiones que tocan capitalmente al *derecho internacional privado* (2), y que no alcanzan hoy solucion satisfactoria ni en la ciencia ni en la práctica (3).

(1) Tal es el principio general reinante; mas no por esto, en verdad, justo. Partiendo, sin embargo, de la concepcion usual de la pena como un daño *(malum passionis propter malum actionis)*, casi como una crueldad, es lógico mantener ese principio, al cual auxilia no ménos tambien otra concepcion dominante, á saber: la de la utilidad, como una relacion subjetiva, que debe estimarse por el criterio del interesado, sin atender á si le *es* realmente útil todo aquello que se lo *parece*, ó al contrario: sentido este comun á las doctrinas llamadas "utilitarias" y á las que las combaten, en nombre de principios que reputan contrarios al de la utilidad. Ejemplo de ello es el mismo Ahrens (*Droit nat.* de 1868; I, p. 49).—Así, lo "favorable" para el reo, se estima torpemente que es evitar la pena, sólo porque, de seguro, rara vez la hallará de su gusto; mas si en la educacion, en la medicacion, etc., se adoptase este criterio, el absurdo rayaria en lo increible. Por último, la dureza y áun ferocidad de la penalidad tradicionalmente conservada todavia contribuye en grandísima parte á este error.—(*N. T.*)

(2) V. el cap. 6, VII.

(3) Savigny, Story, Foelix, Fiore, etc., han hecho en esta parte de

*γ)* Por lo que hace á las *personas*, es principio general que la ley, no sólo obliga á los ciudadanos de un Estado y á los que tienen en él su domicilio, sino que extiende su fuerza imperativa sobre todos los que se encuentran en él: por cuanto deben aceptar las consecuencias jurídicas que las leyes del Estado señalan á determinados actos realizados en su territorio.

*C)* Las *especies* de leyes se determinan por el órgano de que proceden, por lo que constituye su fondo y por las relaciones públicas y privadas que abrazan.

*α)* Segun el órgano que las establece, vienen las leyes del *supremo y soberano* poder del Estado, ó de una parte orgánica de éste, una *provincia* ó un *municipio*. Las primeras pueden á su vez ser, ó leyes *fundamentales*, ó *leyes* en el sentido habitual del vocablo, ó *decretos* expedidos por la autoridad administrativa competente, y que no pueden oponerse á las leyes, á ménos que concurran en una misma persona ó corporacion el poder legislativo y el administrativo (1).

---

la Ciencia jurídica interesantes trabajos; pero no hay duda de que se halla aún en grande atraso. En nuestro país, es verdaderamente lamentable que, no ya para contribuir á la formacion de la ciencia y de la práctica, mas siquiera para responder á las más vulgares exigencias de ésta en el uso diario, no se enseñe el derecho internacional privado en ninguna de nuestras Universidades. Intentando remediar esta laguna, en parte sólo y en la medida de sus fuerzas, la *Institucion libre de enseñanza* ha instituido una cátedra al efecto, confiada al Sr. D. Justo Pelayo Cuesta, senador del Reino y uno de nuestros más distinguidos é ilustrados jurisconsultos.—(*N. T.*)

(1) Acostumbran muchos germanistas á admitir otra especie aún de legislacion, procedente de la voluntad privada, á la cual reservan la designacion de *autonomía*, atribuyéndola á las corporaciones y á los antiguos Estados del imperio, mediatizados hoy. La cosa es en sí exacta y sólo respecto del nombre cabe en realidad cuestion. No es en efecto muy propio concebir la autonomía como una especie de legislacion: pues el carácter de la ley estriba en proceder esta de una autoridad pública, y no, como sostiene WALTER *(Sist. del der. comun priv. de Al.* p. 35*)* en que "es permanentemente obligatoria aun para

β) Segun el *objeto* sobre que versan, las leyes se refieren á los diversos fines particulares, cuya prosecucion directa ó indirecta puede corresponder al Estado: distinguiéndose segun esto en leyes de derecho público, religiosas, de instruccion, económicas (de agricultura, industria y comercio), financieras, militares, etc).

γ) Atendiendo á las *relaciones*, pueden las leyes concernir á las públicas ó á las privadas, siendo posible que unas y otras tengan objetos jurídicos iguales, pero en direcciones diversas (1).

Las leyes de derecho *público*, dadas en beneficio de intereses de este carácter, deben en principio ser obedecidas siempre por los miembros del Estado, sin que pueda la voluntad privada de éstos introducir en ellas variacion alguna.

Las leyes de derecho privado son, en cambio, de dos clases. 1) Unas, como Savigny observa fundadamente (2), no se sujetan en modo alguno á la voluntad particular de los indivíduos, imponiéndose, por tanto, con invariable necesidad. Tales son las leyes *absolutamente preceptivas* ó *prohibitivas*, bien se refieran á casos generales, bien sea que supongan circunstancias y relaciones determinadas, por ejemplo, la obligacion que tienen los padres de alimentar á sus hijos, la prohibicion de renunciar de antemano á la prestacion del dolo. No ha de entenderse, sin embargo, que deba

las generaciones que no cooperaron á su establecimiento»; viniendo á reconocer luego dicho autor que no es otro el caso que ocurre en los testamentos respecto de los herederos *ab intestato* excluidos. Sobre que en cierto sentido, el verdadero en realidad, habria que llamar entonces á cada cual legislador en su esfera privada. Por mi parte, he tomado siempre el concepto de autonomía en el más ámplio sentido, aplicándolo á toda libre determinacion jurídica, y distinguiéndolo de los de ley y legislacion.

(1) Véase el cap. VI.

(2) *Sist. del Der. rom. act.*, t. I, pág. 57.

el juez invalidar de oficio los actos ó negocios jurídicos opuestos á tales leyes. Por el contrario, es regla general en el derecho privado, que se funda principalmente en la iniciativa individual, el que el juez sólo debe conocer de quejas y excusas producidas ante él. Únicamente en algunos casos, determinados de ordinario en los Códigos modernos, en que media tambien un interés público predominante, debe el juez declarar de oficio la falta de validez jurídica de un hecho.—2) La segunda clase de leyes de derecho privado comprende todas aquellas que Savigny llama *mediadoras* y otros *dispositivas* ó *permisivas* (1) y sirven de ayuda y complemento, y se aplican sólo cuando las personas privadas no hacen uso de la autonomía jurídica particular que á todas les está concedida. A esa especie de leyes corresponden la mayoría de las de derecho privado, dado el carácter de éste.

*d)* El derecho legislado está por regla general *escrito*, expresado en proposiciones y palabras, cuyo sentido es preciso penetrar: de aquí el arte de la *interpretacion*, la hermenéutica jurídica.

La interpretacion de las leyes es pues la actividad dirigida á la indagacion de su sentido.

La teoría de la interpretacion ha sido tratada modernamente por Savigny con grandísima profundidad (2). Debe rechazarse con él por inexacta la antigua division en *legal* y *doctrinal*, que de la interpretacion se hacia: pues la primera, dividida á su vez en *auténtica*, dada por el legislador mismo, y *usual*, establecida por la costumbre, no es verdadera interpretacion, toda vez que con ella no se interpreta realmente

---

(1) STUBENRAUCH en su *Explicacion del Cód. civ. general de Austria—Erläuterung des A. B. G. B.*—Viena, 1853, pág. 69, propone la denominacion (en un respecto, más recomendable todavia) de "leyes supletorias".

(2) *O. c.*, I, pág. 206 etc.

una ley, sino que se establece un nuevo precepto jurídico en lugar del consignado en la ley. Queda sólo, por consiguiente, la interpretacion doctrinal. Tambien en esta se han distinguido sin fundamento como diversas la *gramatical* y la *lógica:* cuando, en realidad, lo gramatical y lo lógico, la expresion en el lenguaje y el pensamiento del legislador, no pueden ser separados totalmente uno de otro. Lo que sí cabe admitir es que la interpretacion pueda ser *predominantemente* gramatical ó lógica. A la primera toca, sobre todo, explicar el sentido de la ley, atendiendo á las reglas del lenguaje, y teniendo en cuenta la época y clase del que usa el legislador, y aun su modo peculiar de emplearlo. Si una ley, interpretada de este modo, tiene *un solo* sentido, en él ha de ser aplicada por regla general, aunque resulte dura en aquel caso. La interpretacion principalmente lógica no aparece hasta despues de haber ensayado sin fruto alguno seguro la gramatical, ó cuando se está *objetivamente* cierto de que el resultado á que condujo, por tener en realidad un sentido preciso la expresion usada por el legislador, no corresponde á la *intencion* verdadera de éste, y se infiere, por tanto, que quiso dar á su disposicion mayor ó menor amplitud, cabiendo, de consiguiente, una interpretacion extensiva ó restrictiva. No deja de ofrecer dificultades sérias el poner de manifiesto la inexactitud real de la expresion respecto de la verdadera voluntad del legislador, y ha de procederse con toda prudencia para que no se le suponga una intencion que no tuvo. Ocurren, sin embargo, casos en todas las legislaciones, en los cuales hay que apelar á este género de interpretacion lógica, cuyos principios son: *a)* atender, tanto al *enlace* que los diversos particulares de una ley tienen entre sí y con otras disposiciones y manifestaciones del legislador, cuanto á la conexion misma total de la legislacion entera donde tienen su unidad inmediata todas las instituciones y reglas ju-

rídicas; *b)* tener presente el *fundamento* de la ley y el consiguiente propósito del legislador, esto es, el fin que procuró realizar, y para cuyo logro debió tambien querer como medios las disposiciones jurídicas exigidas al efecto; importando que no se tome por fundamento de la ley su *ocasion* exterior ó histórica.

La *analogía*, considerada tambien en otro tiempo como una especie de la interpretacion lógica, no entra de modo alguno en el concepto de ésta (1), pues no se aplica sino en los

(1) No hay en verdad mótivo para esta exclusion; todo lo contrario. La analogía, que tampoco debe confundirse con la interpretacion extensiva (V. Savigny, *Síst. del der. rom.* I, §. 46), es aquel principio que, en virtud de la unidad orgánica é "interior consecuencia" del Derecho, aun en su manifestacion histórico-legal, aplica los preceptos de la ley á nuevas relaciones, no previstas en ellas, pero respecto de las cuales, debe suponerse en el legislador (salvo prueba en contrario, v. gr., en el caso de derecho privilegiado y excepcional, que cita Savigny) la intencion potencial de regularlas con el mismo sentido que ha presidido á los preceptos dictados. Pertenece, pues, la analogía á la interpretacion de las fuentes defectuosas, y en ella, á la de las leyes que ofrecen aquella insuficiencia que se denomina *laguna* y que puede ser, ya *normal*, por cuanto la vida y sus relaciones y nuevas necesidades se anticipan *siempre* á la ley, ya *anormal*, ó sea nacida de imprevision y limitacion del horizonte que el legislador contemplaba. —Stahl, en su *Filosofía del Derecho*; Thibaut, en su *Teoría de la interpretacion lógica*; Zachariä, en su *Hermenéutica*, son los autores modernos, despues del tantas veces citado Savigny, que gozan de mayor crédito en lo tocante á la doctrina de la interpretacion: doctrina que no puede ménos de extrañar hallarla en Ahrens un tanto inferior á lo que de estos antecedentes y de sus propios principios y talentos deberia fundadamente esperarse.

Röder (*Filosofía del Derecho*, I, §. 6) incluye la analogía en la interpretacion, haciendo notar al propio tiempo que no siempre se halla en el derecho positivo esa unidad de espíritu, ese carácter orgánico, esa "consecuencia interior" que Savigny señala. "Del principio de la retribucion—dice, pág. 18, nota—no nacen, v. gr., las mismas consecuencias que del de la intimidacion ó del correccional. Donde, por tanto, se hallan juntas en una misma legislacion ciertas consecuencias del último, por ejemplo, la prescripcion de las penas, con las que

casos de que no hizo mérito el legislador, y no están por lo mismo resueltos en las leyes. Pero siendo regla del derecho privado, declarada expresamente en los Códigos modernos, que el juez ha de resolver todos los asuntos jurídicos que ocurran en la vida, síguese por necesidad que ha de fundar sus decisiones en la analogía que tengan los no previstos con los prefijados, y en defecto de esta base, en los principios fundamentales del Derecho, tomados de la naturaleza de la cosa ó relacion jurídica (á los cuales llama «principios naturales del Derecho»—*die natürliche Rechts-Grundsätze*—el Código austriaco en su §. 7.)

La analogía es la aplicacion de una ley á casos *semejantes*, en razon á la *identidad* del fundamento. La semejanza no ha de llegar á éste, que es la *ratio legis*, pues de otro modo no quedaria base alguna en que apoyarse con firmeza; sino tan sólo á las particulares relaciones jurídicas, que encarnan en la vida bajo formas tan varias. Sirve, por tanto, la analogía principalmente para completar los vacíos de las leyes. Por no constituir en realidad una de las especies de interpretacion, es por lo que no tiene cabida la analogía en el

proceden de los otros, tales como la pena capital, etc., allí visiblemente falta esa *unidad interna*. Si la pena justa debe imponerse, prescindiendo de que el delincuente la desee (considerándola como un bien), ó por el contrario, la repugne (estimándola al par de otros tan sólo como un mal), no hay para qué conmutarla."

En otro lugar (*Respuesta á varias consultas sobre derecho penal y sistemas penitenciarios*—ms. inédito que tenemos á la vista), se pronuncia terminantemente el ilustre profesor en pró de la aplicacion de la analogía en materia criminal. ....."Desde hace algun tiempo..... se ha venido al cabo ensanchando la esfera del prudente arbitrio de los jueces..... al permitirles, por ejemplo, elegir la pena entre un máximum y un mínimum, préviamente establecidos..... Pero esta y otras pequeñas concesiones..... serán insuficientes..... El verdadero Derecho exige..... que pueda el tribunal juzgar *ex aequo et bono* y por analogía, segun tambien pensaban los romanos y la *constitutio criminalis Carolina* de Cárlos V."—(*N. T.*)

Derecho penal, segun la máxima «*nulla poena sine lege*» (1).

Respecto de los *principios naturales del Derecho*, á que alude el Código austriaco (§. 7) para los casos en que no basta la analogía, han de proceder, no de un sistema de Derecho natural, abstracto y formalista, sino de la «naturaleza de las cosas,» de la esencia misma de la relacion jurídica considerada: problema que Savigny y Puchta, especialmente, estiman que compete al «derecho científico,» pero cuya solucion toca, ante todo, á una verdadera Filosofía del Derecho, que haga brotar á éste del fondo mismo de la vida.

## B.—*Fuentes mediatas del Derecho.*

La costumbre y la ley son las dos fuentes ó formas inmediatas de la posicion y produccion del Derecho, del establecimiento de preceptos jurídicos. Al lado de ellas y aun coordenada á las mismas, ha pretendido modernamente la escuela histórica, con Savigny y Puchta á la cabeza, colocar

(1) Cierto que este principio es irrecusable, partiendo de otros dos prévios: *a)* que la pena debe causar un mal al delincuente; *b)* que las leyes penales han de enumerar casuísticamente todos cuantos hechos y circunstancias puedan presentarse.

Pero la pena, como correccion aplicada al reo, en desagravio del Derecho y su órden, tiene por fin sólo el bien y por medio privaciones jurídicas que, al modo de las que trae consigo la tutela del menor ó del loco, á nadie es lícito considerar como otros tantos daños para el que las sufre, sino muy al contrario, como bienes que el penado debe agradecer exactamente cual aquellos: pues sólo para *su bien* y el *bien de todos* se han establecido. El error contrario viene principalmente: 1.°, de no apreciar el carácter de la pena por principios *objetivos*, sino por el hecho *subjetivo* de cómo suele estimarla y recibirla el delincuente, incurriendo en el mismo desacierto que aquellos que lamentan la disciplina impuesta por la educacion al niño como un daño y hasta crueldad con él; 2.°, de concebir el medio penal *en abstracto*,

como otra fuente jurídica especial el llamado *derecho científico*. Segun ellos, no se limita el fin de la Ciencia del Derecho á elaborar y desenvolver el positivo, referirlo á sus principios y abrazarlo como un todo de preceptos que se presuponen y condicionan mútuamente; sino que se extiende (ya que ante la variedad riquísima de relaciones constantemente nuevas, queda siempre incompleto todo derecho efectivo, así legal como consuetudinario) á señalar y llenar los vacíos que éste presente, sirviendo en lo tanto de fuente jurídica complementaria.

Los jurisconsultos deben ser, segun esto, ya como letrados y científicos, ya como jueces, los *órganos* peritos del

---

ó más bien, refiriéndolo indiscretamente al hombre que no ha cometido delito, *para el cual* (mas no *para el reo)* las privaciones penales son á la verdad un mal, análogo al que seria la medicina para el sano.

Y por lo que toca al segundo supuesto, ó sea al casuismo de las leyes penales, con razon el ilustre Röder, á quien tan fecundos progresos deben la ciencia y la práctica (y cuya doctrina suele Ahrens mezclar y componer con otras por extraña manera (V. su *Filosofía del Derecho)*, se queja de él á cada paso. Dia vendrá en que el sistema, hoy generalmente admitido (por razones históricas), de establecer en los Códigos, por ejemplo, la lista taxativa de las llamadas circunstancias atenuantes, agravantes y eximentes, huyendo de lo que Röder apellida el "pavoroso fantasma del arbitrio judicial," no hallará una sóla voz en su defensa; ni la teoría, en que se apoya, de la division del delito en *normal* y *modificado*, segun que concurren ó no circunstancias que disminuyan ó aumenten la supuesta gravedad típica de una criminalidad abstracta é ilusoria. Como si hubiese jamás posibilidad alguna de establecer semejantes *escalas* mecánicas sin profundo agravio de la verdad é individualidad de los hechos, y por tanto de la justicia, que no autoriza el violento prurito de amoldar á dos ó tres patrones la infinita variedad de casos, cuya estimacion penal debe quedar abierta á la libre conciencia del juez.

Entonces, el principio *nulla poena sine lege* se reducirá al de *nulla poena sine crimine*, y la interpretacion analógica se extenderá al derecho penal como á todas las esferas jurídicas, segun sus principios fundamentales y la índole peculiar de cada órden de relaciones. —(*N. T.*)

Derecho, los *representantes* naturales de la Nacion en las cosas jurídicas, á la vez que los indagadores de sus verdades científicas, en cuanto exponen y aplican preceptos que reciben de aquellas toda su autoridad. De suerte que si, tratándose de un punto jurídico, opinan de igual modo los más respetables maestros *(communis opinio doctorum)* y es aquel resuelto constantemente en la práctica en el mismo sentido, surge una presuncion en favor de su justicia, que deberá ceder sin embargo á la verdad, una vez adquirida la conviccion de que es injusto lo establecido en el dictámen de aquellos.

Sin duda que, pensando así, se asigna á la Ciencia del Derecho un fin, en parte, exacto y levantado; pero se cae á la vez en cierta confusion, muy frecuente en esta ciencia, entre el fin mediato y el inmediato de toda actividad: sobre que se desconoce la verdadera relacion, por otro lado, que con la vida sostiene la Ciencia del Derecho (1). El fin y condicion de ésta varian, en efecto, segun los grados de cultura moral y jurídica del pueblo: y allí donde todo se encuentra en vías de formacion—debiendo aquellas funciones que se ejercen por órganos más completos y perfectos asumir con frecuencia el desempeño de las que, ó bien carecen absolutamente de órgano propio, ó sólo en parte se ejecutan por él—es natural que la Ciencia jurídica pueda y deba ejercer una funcion creadora, por decirlo así, en el Derecho. Tal ocurre en Roma con la Jurisprudencia, en muy diverso grado, desde las leyes de las XII Tablas hasta la codificacion de Justiniano: pues tanto los pretores, que fueron órganos tambien para el desarrollo de la cultura jurídica, como los mismos jurisconsultos, todos, concurrieron á la formacion del Dere-

(1) Tal, por ejemplo, es la confusion análoga en la doctrina de los fines del Estado, donde, por no distinguirse lo inmediato de lo mediato, no se ha podido llegar á una teoría exacta. V. el cap. 5, 3.

cho. Así tambien fueron los jurisconsultos quienes principalmente dieron validez en Alemania al derecho romano, que no se introdujo, como se ha supuesto, con la creacion de la Cámara imperial en 1495, sino que fué penetrando ya mucho antes, merced al influjo de la Ciencia en la práctica de los tribunales. En union con estos, contribuyeron, del propio modo, los jurisconsultos tambien á modificar esencialmente el derecho criminal suavizándolo y mitigándolo más de lo que lo estaba en los reglamentos penales de 1532. Hoy mismo todavia, en aquellas comarcas que se rigen por el derecho comun y en que, sobre todo, por no estar determinada en principio la relacion del derecho romano con el germánico, hay poca fijeza en la legislacion, influye la ciencia, introduciendo nuevas máximas jurídicas. Pero, en todos los casos indicados, el influjo creador de la ciencia sólo se ejerce sin embargo mediante la *intervencion* de los tribunales. Ahora bien, al modo como, en el derecho privado y público, la iniciativa individual ha tomado frecuentemente á su cargo el desempeño de funciones que, una vez organizado el Estado como es debido, pasan á ser ejercidas por el poder político, llegado que sea éste á la conciencia de su mision, así tambien la cooperacion y auxilio inteligentes y conformes á lo que exigen las relaciones mismas, que ha venido prestando en otros tiempos la Ciencia jurídica mediante el influjo del pueblo y de los jurisconsultos á la construccion del Derecho, deben cesar sin duda; pasando á ser desempeñadas una parte esencial de sus funciones anteriores, por el órgano social á quien corresponde el poder legislativo y quedando la ciencia, por tanto, en el puesto que debe ocupar en el organismo y órden del Derecho. Concretada, pues, á su verdadero fin, no puede ser la ciencia fuente de ningun género para el derecho positivo: no le toca establecerlo; sino elaborar y perfeccionar, por una parte, el producido en la

costumbre y la ley; *indicar*, por otra, *sus vacíos*, sentar los principios con que pueden completarse; más todavia, contribuir, influyendo en las convicciones del pueblo, á la formacion de un derecho consuetudinario supletorio, y *preparar*, finalmente, el camino á la legislacion ulterior.

La teoría, por consiguiente, que hace de la Ciencia del Derecho una fuente del mismo, coordenada á las dos antes indicadas, corre sólo parejas con aquella más antigua, que erigia al Derecho natural en fuente inmediata, ó auxiliar por lo ménos. La escuela histórica, en efecto, ha pretendido reemplazar, en el llamado «derecho de los jurisconsultos», el Derecho natural por la «naturaleza de las cosas.» Pero, aun entendida ésta en el sentido recto antes indicado (véase la p. 110) y sin identificarla, como es costumbre, con las concepciones del derecho romano, todavia podria servir sólo en general, segun antes se expuso, de principio y guía reales, sin constituir por sí misma, sin embargo, una verdadera fuente, y no prestando al juez una norma para sus decisiones, sino en ocasiones excepcionales, cuando faltasen por completo los preceptos y máximas cuyo establecimiento corresponde á la costumbre y la ley.

A otro descamino, además, ha dado ocasion semejante teoría del derecho científico, ó de los jurisconsultos.

En efecto, Beseler (1) erige al derecho popular en fuente paralela en parte, y en parte opuesta al de los jurisconsultos y á las demás fuentes jurídicas. Realmente, el pensamiento capital que preside á esta afirmacion de Beseler es fundado: pues responde á la conviccion de que jamás deben desaparecer por completo la iniciativa y poder ejercidos primitivamente por el pueblo mismo en la informacion jurídica de

(1) Sobre todo, en su libro *Derecho popular y derecho de los jurisconsultos* (*Volksr. u. Juristenr.*—1843).—V. tambien su *Sist. del der. comun priv. de Alemania* (1847-1853) págs. 108 etc.

las relaciones de su vida, siquiera queden esencialmente limitados y reducidos por la accion del poder del Estado y la del órgano científico de los jurisconsultos, una vez constituidos ambos, en fuerza de aquel desarrollo natural, que crea para cada funcion un órgano especial tambien. Pero toda vez que muestra la historia, y especialmente la alemana, que tanto los juristas como los legisladores han podido extraviarse creando instituciones jurídicas extrañas al carácter de los pueblos, debieran éstos contar con medios de resistirlas: medios que se hallan en el derecho popular como fuente general y merced á los cuales pudiera formarse un derecho, no meramente consuetudinario, sino que abrazase á la nacion entera. A tal derecho popular, no quiso de ningun modo Beseler reconocer valor alguno inmediato, pues que lo sujetó, como al consuetudinario, á la necesaria condicion prévia de la práctica. Era, por tanto, erróneo estimarlo como fuente. (1)

Lo que hay de verdadero en la teoría de Beseler, es que la índole del pueblo, su carácter total ético y jurídico, tal como se ha producido en la historia y tiende á manifestarse progresivamente en lo ulterior, es un elemento esencial del principio y factor objetivo, antes desconocido en el Derecho, una determinacion del concepto de la «naturaleza de las cosas,» la cual varia tambien con la propia índole y modo de ser de los pueblos respectivos. Por lo demás, Beseler mismo reconoce la conexion y enlace de dicho concepto con el del de-

(1) Tambien el Sr. Pisa Pajares, en sus recientes *Prolegómenos del Derecho* (1876), uno de los libros más importantes de nuestra novísima literatura jurídica, acepta como fuente (lecc. XXIII), el derecho científico, definiéndolo "dictado racional que, mediante el asentimiento unánime de los jurisconsultos, es regla del Derecho." Las razones que contra el opuesto sentir alega son: 1.ª, que es admitido, cuando ménos como derecho supletorio, por algunas legislaciones; 2.ª, que le es aplicable todo cuanto se aduce en pró de la costumbre; 3.ª, que cuando todos los individuos de una profesion están de acuerdo, hay que seguir su parecer.—(*N. T.*)

recho popular (1). Cierto, que desconocieron de todo punto este carácter de nacionalidad inherente al Derecho, tanto los romanistas, para quienes el derecho de Roma se convirtió en derecho «universal», como los tratadistas de Derecho natural, que estimaron no ménos universales los conceptos por ellos formulados; haciendo necesaria unos y otros la decidida oposicion que surgió contra tales exclusivimos por parte de los llamados germanistas. Sólo que conceptos tan vagos como el del derecho popular no llevan á solucion alguna valedera. Exigiria ésta, ante todo, una Ciencia comparada del Derecho, que, atendiendo siempre al carácter y relaciones ético-jurídicas de la nacion, tomase de la «naturaleza de las cosas,» convertida de esta suerte en elemento verdaderamente fecundo, el tipo de estimacion y evaluacion del derecho romano y del germánico. Pero tal ciencia, cuya necesidad aun ahora sólo empieza á presentirse, pide por otra parte, sobre los conocimientos históricos, una cultura filosófica más profunda que la hasta hoy reinante en los estudios del derecho positivo.

La teoría del derecho popular responde ciertamente á una exigencia que se hizo sentir y que tuvo en ella una expresion científica, siquiera inadecuada. Su error estuvo en convertir en fuente del Derecho el principio de su indagacion y perfeccion sistemáticas. Luego, en los tiempos de excitacion democrática que siguieron inmediatamente á su aparicion, se trocó dicha teoría, merced á un pequeño cambio, pero esencial, en arma destructora de toda organizacion en

(1) Véase en mi *Filosofía del Derecho*, 4.ª ed., pág. 81, lo relativo á la necesidad de reconocer al pueblo como un factor orgánico en la formacion del Derecho, especialmente en las esferas de comercio, la agricultura y la industria, que afectan en mayor grado á sus necesidades, y á las cuales se viene aplicando cada vez mayor solicitud, mediante la creacion de cámaras y tribunales de comercio é industria, á que debieran seguir iguales institutos para la agricultura.

el órden jurídico, al prescindir de la exigencia de la práctica prévia (condicion que reputaba Beseler indispensable para la produccion del llamado derecho popular); al pretender erigir al pueblo del modo arriba expuesto (V. pág. 88) en fuente *inmediata*, lo propio que del poder del Estado, del establecimiento tambien de las leyes y de la investigacion y aplicacion constantes é inmediatas del Derecho, y al aspirar, finalmente, á reemplazar á los jurisconsultos doctos por hombres del pueblo y tribunales meramente populares, llamados á conocer y resolver al par sobre los hechos y sobre el Derecho (1).

(1) La distincion entre las supuestas cuestiones "de hecho" y "de Derecho" no puede hoy en verdad sostenerse con el sentido en que se la adopta, ni ménos servir de base á la institucion del jurado. La resolucion tocante á si se ha cometido ó no, por ejemplo, un asesinato, no se reduce á afirmar tal ó cual fenómeno exterior, v. gr., que un hombre ha muerto; sino que ha de juzgar si en su muerte han concurrido todas aquellas circunstancias que convierten una *muerte* en un *asesinato*, no ya segun el concepto usual y comun de éste, sino segun el de la ley. Pues aun cuando esta se apoya siempre más ó ménos en el lenguaje comun, del cual naturalmente se sirve, dá por lo mismo á sus palabras un sentido y rigor técnico, que sin grave error no podria confundirse con el valor relativo que en el uso comun tienen. ¿A quien, v. gr., ocurrirá afirmar que los conceptos jurídicos de la posesion, del poder, de la pena, sean idénticos con los ambíguos é indefinidos que vulgarmente representan estos nombres?

Sin embargo, uno de nuestros más distinguidos jurisconsultos y publicistas, cuya docta enseñanza, inspirada de elevado espíritu orgánico, está quizá destinada á operar fecunda renovacion en la Ciencia de nuestro derecho civil, el Sr. Perez Pujol, Catedrático y ex-Rector de la Univ. de Valencia, parece insistir aún (*La obra de la paz*; 1876) en mantener la expresada distincion entre el hecho y el Derecho, como una de las bases del jurado: institucion que, por otra parte, funda de modo á nuestro entender más sólido, mediante la participacion de la comunidad social en toda su vida y régimen político. Este último es tambien el sentido en que el Sr. Azcárate defiende el jurado en su libro *El self-government y la monarquía doctrinaria*; 1876.—(*N. T.*)

No hay, en resolucion, otras fuentes *inmediàtas* y *generales* de éste que la costumbre y la ley, las cuales son tambien —y deben serlo—expresion de las convicciones y relaciones éticas y jurídicas del pueblo: formas ambas, por tanto, reales y efectivas del derecho nacional.

A los jurisconsultos, además, sólo toca ejercer una funcion *mediadora* que desempeñan de dos modos: en la Ciencia jurídica, cuya mision en este respecto se acaba de exponer (1), y en la *práctica de los tribunales* (jurisprudencia, en estricto sentido.)

Esta fué reputada primero como una especie de derecho consuetudinario y puesta con él en una misma categoría; pero sin razon. Pues, consistiendo en la autoridad de las decisiones conformes de los jueces *(rerum perpetuo similiter*

(1) La autoridad de los jurisconsultos, el llamado "derecho científico" es verdadera fuente de Derecho hoy dia en ciertas esferas como la de las relaciones internacionales, donde no existe aún comunidad jurídica (Estado) exteriormente *organizada*, por más que exista interna y tácitamente. De aquí el inmenso valor que en este órden tienen dos elementos, ninguno de los cuales es en sí mismo fuente de Derecho, á saber: el contrato (tratados internacionàles) y la opinion de los autores. Esta última, fuera de la importancia histórica que acabamos de notar, entra como un factor esencial sin duda en la vida jurídico-positiva; pero sólo en dos de sus momentos, á saber: en la preparacion de las reglas y en su interpretacion: no como fuente, pues, de la regla misma, cuya formacion y establecimiento constituye un momento intermedio, antes y despues del cual es cuando únicamente el llamado derecho científico ejerce su funcion en el desarrollo positivo.

En un sentido análogo al de Ahrens, tambien Röder (*Fil. del D.* I, §. 61) considera á la Ciencia jurídica y á la jurisprudencia de los tribunales como fuente altamente fecunda *(höchst ergiebige)*, aunque sólo mediata. Mientras el pueblo—viene á decir—no ha salido de un cierto grado inferior de cultura, el Derecho se produce inmediatamente por él, y en forma de costumbre y precedentes empíricos; mas cuando se ha elevado ya sobre este límite, nacen una verdadera Ciencia y un verdadero arte del Derecho, cuyos cultivadores llegan á constituirse en órganos y representantes de la comunidad, antes directamente

*judicatarum auctoritas)*, supone siempre costumbres y leyes preexistentes, manteniendo la más íntima relacion con la Ciencia jurídica, por cuanto toda decision judicial es resultado de una operacion del pensamiento. En los pocos casos en que no podria hallarse esta decision por medio de la interpretacion científica ó de la analogía, necesita referirse el juez á la naturaleza del asunto, y puede entonces hasta crear nuevos principios jurídicos. La autoridad de las sentencias anteriores *(präjudicate, précédents, jurisprudence des arrêts)* ejercerá siempre grande influjo en los casos semejantes que ocurran. Pero esta autoridad puede, sin embargo, aun en un mismo tribunal, ser contradicha por una nueva conviccion, fundada en mejores razones, si bien es de desear, para la seguridad del Derecho, que sólo la necesidad real é interna haga apartarse al juez de los precedentes, y que el tribunal inferior, tan luego como sea compatible de algun

---

activa. El pretor romano (cuya funcion, intermedia de legislativa y judicial, compara Bornemann—con aprobacion de Röder—á la de nuestros modernos tribunales supremos), los *responsa prudentium* y otros factores históricos semejantes pertenecen á este momento de la formacion de los órganos especiales, cuyas dos capitales esferas, la opinion de los autores y la jurisprudencia, corresponden á aquellos dos polos, la ciencia y el arte del Derecho.

La oposicion entre ambos modos de producirse éste debe concebirse como una expresion particular de la que enlaza la vida total del Estado con la direccion tutelar y refleja de los órganos peculiares que en él se van desenvolviendo al compás de su desarrollo y progreso; sin que jamás puedan absorberse una á otra esfera, ni divorciarse, ni alterar la relativa superioridad que á cada una de ellas pertenece: á la total, para impulsar en la direccion á que el espíritu público tiende; á la especial, para dirigir, purificar y moderar aquel impulso por medio de la reflexion y del arte: como que ambas son igualmente sustantivas y primeras, cada una en su funcion, sin que procedan una de otra; contra lo que juzgan las opuestas tendencias, burocrática y democrática, oligárquica y universalista.—Por lo demás, esta relacion no es exclusiva del Derecho y el Æstado; sino propia de todos los fines é instituciones sociales.—(*N. T.*)

modo con su conviccion jurídica, se rija por las decisiones de los superiores. Por esto, aun las modernas legislaciones, que han negado á la jurisprudencia de los tribunales fuerza de ley (1), han cuidado, sin embargo, de la mayor uniformidad posible en las sentencias (2).

La *equidad*, que muchas veces se considera como una fuente del Derecho, por lo ménos subsidiaria, no lo es realmente. Definida por Puchta (3) con sencillez y exactitud como «la consideracion de la individualidad en las personas y relaciones,» constituye en rigor un momento esencial de todo Derecho, y se revela tambien en muchas disposiciones jurídicas dictadas en vista de tales consideraciones. Para el *legislador*, que ha de tener siempre en cuenta la diversidad de situaciones y circunstancias, debe ser siempre un principio directivo. Pero no pudiendo agotar jamás la ley esta diversidad, ni alcanzar por tanto á lo individual, puede la equidad desempeñar para el *juez* esta misma funcion en aquellos casos donde la mente indudable de la ley no obliga á otra decision, aunque sea rigorosa. Este principio general de la equidad puede aplicarse en todas las esferas, pero más especialmente en el derecho penal (4), en el cual, aun las moder-

(1) Véase el Código civil austriaco, §. 12.

(2) La real órden del gobierno prusiano *(k. Kabinets—ordre)* de 1.º de Agosto de 1836; en Austria, la patente imperial y real de 7 de Agosto de 1850, número 325 del Código del imperio.

(3) *Lecc. sobre el Der. rom. actual (Vorles. über das heut. röm. R.)*: 3.ª ed. I, §. 21.

(4) La equidad es un principio de interpretacion, no una fuente de derecho; pero su aplicacion en la esfera penal nada tiene de especial, ni preferente. La equidad no es otra cosa que el Derecho natural mismo, tomado como principio de interpretacion; por más que usualmente se la conciba de una manera tan vaga, que parece á primera vista punto ménos que imposible formar de ella una idea definida y concreta. Donde el derecho positivo, á causa de su frecuente (no *necesaria*) imperfeccion, ampara pretensiones inícuas, ó deja, por el contrario,

nas legislaciones han concedido una ámplia esfera al arbitrio del juez, á fin de que tenga en cuenta las condiciones individuales (1).

---

indefensas otras autorizadamente fundadas en sanos principios jurídicos, allí la conciencia reclama imperiosamente que no nos aprovechemos de la ley injusta para dejar de cumplir nuestras obligaciones ó para compeler á otros á que hagan aquello de que la razon les exime, aun cuando nó les exima dicha ley.—(*N. T.*)

(1) Sobre la equidad, V. más extensamente WARNKÖNIG, *Encicl. juríd. (jur. Encyclop.)*, pág. 47, etc.

# CAPÍTULO V.

## DEL ESTADO.

### §. 1.—Concepto y orígen.

1. Recibe el Derecho en diversas formas, y singularmente en las costumbres y leyes, una posicion y desenvolvimiento social. Como fin permanente de la vida, necesita además de una *institucion* tambien permanente. De aquí que en toda comunidad humana, que se forma excediendo de la esfera de la familia, se inicia la necesidad de un poder que proteja en general las relaciones jurídicas, así como de organizaciones perpétuas, para decidir los casos litigiosos y defender al todo social contra las agresiones exteriores. Así se forma gradualmente bajo diversas circunstancias, y de maneras muy distintas, un órden de instituciones especiales para las necesidades de la vida jurídica, enlazadas por medio de un poder comun. Este órden es el *Estado*, ó sea la sociedad establecida en un territorio comun y constituida bajo un poder para el fin de realizar el Derecho por medio de instituciones orgánicas (1).

(1) Este concepto del Estado es incompleto. Donde quiera que existe un órden jurídico, allí nace un Estado, ora se trate de un indivíduo, ora de una comunidad. O, para hablar más propiamente, toda personalidad de Derecho, así individual como social, constituye un Estado, en cuanto convierte toda su actividad á cumplir sus obligaciones interiores jurídicas: pues, de los dos términos que entran

Al definir el Estado, debe distinguirse su concepto filosófico del histórico. Cierto es que no pueden contradecirse estos conceptos entre sí: pues de otra suerte, y toda vez que la historia no puede ser negada, la falta estaria en el concepto filosófico (1); pero bien puede éste abrazar en su interior esencia pura y completamente á una institucion social, que

siempre en una relacion de este órden, el condicionado (derecho-habiente, pretensor) y el condicionante (obligado), este sólo es el Estado: ya que, como el autor mismo reconoce, el fin del Estado es cumplir el Derecho, y esta funcion toca sólo al obligado, ó sea, al sér jurídico *en cuanto obligado* (y no en el contrario respecto). Es pues evidente que debe concebirse el Estado, no como el órden jurídico ni el poder (concepciones entitativas y abstractas), ni siquiera como el sér jurídico en todo el sentido de la palabra; sino como la *persona* (no todo sér jurídico es persona, ni lo há menester jamás en tanto que no se trata de sujeto *obligado*) en su funcion de prestarse á sí misma y, en caso de ser social, á sus miembros (interiormente) las condiciones jurídicas de su vida. En las relaciones (exteriores) de cada persona con las demás, no es Estado, sino miembro del Estado superior comun, de que con ellas forma parte. Conviene prevenirse contra todo concepto que, partiendo de abstracciones, acaba por desarrollar funestas consecuencias prácticas: el *salus populi*.....; la llamada "teoría absoluta" en el derecho penal, y otros principios semejantes, proceden sólo de uno de estos viciosos conceptos.—(*N. T.*)

(1) La palabra "historia" por lo equívoca, podria inducir á error. La Historia, como conocimiento y ciencia, y los conceptos históricos, que constituyen su material, son tan falibles, *en el sujeto* (en cada hombre y en el ejercicio de su actividad individual), como los conceptos filosóficos que éste forma. Así que, en caso de discordancia, tanto puede estar la falta en uno, como en otro órden. La historia, como realidad y objeto de conocimiento, cierto que "no puede ser negada"; pero no será en verdad Ahrens quien tenga por menor la realidad del *objeto* filosófico (los principios de las cosas). En este sentido, ó no hay divorcio alguno posible entre los hechos y los principios y todo sucede como debe suceder (lo cual niega á seguida el autor), ó si hay desviacion, ésta solo puede ser de la historia, es decir (en esta esfera), de los actos humanos; no de los principios, en cuyo *conocimiento* puede tanto errar el hombre como en todo lo demás, pero cuya *realidad* es tan independiente de nuestro error ó nuestro acierto como la del hecho mismo; no más, ni ménos.—(*N. T.*)

en la historia, sin embargo, sólo aparezca imperfectamente y más ó ménos mezclada con otras instituciones.

Tal acontece con el Estado. En los comienzos del desarrollo social, cuando todo lo que más tarde se divide y organiza se halla todavia contenido en la unidad, necesariamente el elemento y órden jurídicos de la vida se muestran aún en íntimo enlace con las demás relaciones y tendencias, y especialmente con la religion, primer gérmen y núcleo de toda cultura humana. El órden religioso y el jurídico-político se hallan por esto al principio entrelazados mútuamente, y pueden dirigir la vida social largo tiempo, por cuanto la abrazan en sus dos factores capitales. Pero la tendencia interna inherente á la Humanidad, que la lleva á formarse y organizarse, que produce órganos diversos para todos sus fines esenciales, y les deja crecer hasta que alcanzan su independencia, ha llevado tambien á emancipar cada vez más al Estado de la institucion religiosa, y á estimular la aparicion de otras instituciones coordenadas á ambas, y consagradas á la ciencia y la educacion, al arte, la industria y el comercio. La *sustantividad* del Estado es un principio que ha penetrado hoy en la opinion general, pero que á veces se concibe tambien falsamente, estimando que porque aquel existe en y para sí mismo, le es lícito sobreponerse á todo, y considerarse como el único poder social independiente; ó bien, segun otra teoría abstracta, como si no tuviera que atender sino á su propio fin, al fin jurídico, prescindiendo de todos los demás fines y relaciones.

Sobre la naturaleza, orígen y mision del Estado por respecto á toda la sociedad humana, reinan diversas opiniones, en la teoría como en la práctica. Aun los actuales Estados civilizados distan en muchas cosas de haber adquirido la clara conciencia de la esfera y límites de su actividad, cometiendo errores y creándose conflictos. Por esto es siempre un pro-

blema importante el de determinar científicamente su naturaleza y fin, prescindiendo en primer término de las diversas circunstancias históricas, á menudo oscuras é imperfectas.

2. Por lo que concierne, ante todo, al *orígen* del Estado, no suele distinguirse convenientemente entre el orígen *interno* y los diversos modos exteriores de formarse. El primero es el verdadero orígen, y reside en el instinto jurídico, esto es, en la *exigencia* de mútuo complemento y ordenacion de las relaciones de condicionalidad recíproca. Este instinto no depende del albedrío, sino que obra con interna necesidad y produce funciones y órganos correspondientes para el fin esencial del Derecho. Nace, pues, el Estado de una imposicion de la vida: el hombre es de suyo un sér jurídico y político, que lleva en sí la tendencia genética de esta institucion y la realiza en formas exteriores. Estas formas pueden ser muy varias; y en ellas deben á su vez distinguirse la génesis del Estado y la de su poder: que no siempre coinciden ambas, y frecuentemente un poder político se establece en una nueva forma, mientras el Estado ya preexistia.

El Estado mismo, la comunidad jurídica, nace con la primera sociedad humana, la *familia*. Así, se ha llamado á ésta con razon el «Estado primitivo,» hallándose ya preformadas en ella, y usualmente reunidas en su jefe, todas las funciones esenciales que posteriormente se van separando y creando especiales órganos. Las familias se unen en estirpes *(gentes)*. El Estado que, constituido por éstas, se manifiesta por lo comun en el *municipio*, forma el segundo grado. Las estirpes asociadas, mediante la comun descendencia, constituyen otros diversos grados; y cuando se extienden en gran espacio y se distinguen por el lenguaje, se convierten en Estado *nacional*, que á su vez puede ser, ora centralizado unitariamente, ora organizado como confederacion ó

como Estado federativo: formas ambas que suponen unidad genealógica. Pero el Estado nacional puede ampliarse y elevarse á Estado *internacional*, como organismo político de varios troncos nacionales, unidos en un todo comun, y que á su vez puede revestir las tres formas especiales de Estado centralizado, federativo y confederacion de Estados; y aun se concibe una confederacion más ámplia y comprensiva de *todas* las naciones.

El *modo* como llegan á formarse estas diversas uniones es muy vario. La sociedad familiar y aun la estirpe nacen más bien por el amor é inclinacion, y por el sentimiento del parentesco y la conciudadanía. Pero, en el orígen de más extensos lazos, cooperan tambien otras fuerzas, intereses y aun pasiones. Esos grandes cuerpos políticos pueden nacer, en parte por libre asociacion y contrato (1), como frecuentemente

(1) Jamás el *contrato de sociedad* alcanza á formar la personalidad de ésta, aun cuando constituya un elemento interior subordinado. El hecho jurídico que señala el orígen de una persona social es la determinacion de la voluntad *una é indivisa* de ésta, determinacion que así puede ser expresa como tácita; pero de ningun modo contrato. Este, en efecto, consiste en el acuerdo de *varias* voluntades para crear, extinguir, modificar aquel órden de relaciones jurídicas, cuyo contenido, ó en otros términos, cuyas condiciones (bienes, servicios) deben abandonar en fondo y forma los poderes públicos á la libre discusion y trato entre las partes: lo cual señala, así la esfera del contrato, como su eficacia. Los contratantes nunca forman, en concepto de tales, *una* personalidad; antes el hecho del contrato y sus consecuencias jurídicas sólo son posibles en el supuesto de la *dualidad* y distincion entre ellos. La existencia de toda personalidad social *se funda* en algo superior al contrato, á saber, en el fin racional y objetivo que le sirve de base; y *nace* en virtud de la atraccion que ejerce ese fin, al aparecer históricamente en un momento dado de la vida, condensando y adunando las voluntades particulares, despertándolas é inclinándolas á él. No de otra suerte se forman los séres físicos: por más que la teoría mecánica (que aquí representa lo mismo que en punto á las personas sociales la del contrato) pretenda construir el mundo por la mera concurrencia de fuerzas *particulares*, v. gr., por las reacciones entre

acontece, en parte por la superioridad y poder, moral ó físico, que ejerce una estirpe por respecto á otra. El poder político, por su parte, puede desenvolverse á partir del de la familia, ó sea como poder patricio y genealógico; ó bien, por el contrario, establecerse voluntariamente mediante contrato; ó

---

cuerpos dados, segun las leyes de la afinidad: como si dijéramos, por el comercio y acuerdo entre partes. Así ha podido, por ejemplo, Huxley comparar la génesis de la sociedad al proceso químico y los indivíduos á átomos. De todos modos, si la realidad es una, y una la vida, y unas mismas en lo fundamental sus leyes, nada puede sorprender que el proceso mediante el cual vienen á la historia una ciudad, una institucion, y aun una familia, sea idéntico en el fondo á la génesis, por ejemplo, de los astros en la Naturaleza.

El error del contrato social, hijo del derecho romano, y elevado y organizado por la escuela naturalista, domina todavia en ciertos problemas, sobre los cuales reinan preocupaciones, que no son sino restos dispersos de aquella antigua doctrina. Tal acontece, v. gr., con la teoría que hace de la reciprocidad el fundamento del Derecho; con la de la federacion sinalagmática; ó con ciertas ideas reinantes acerca del matrimonio, que, en su aspecto puramente jurídico, consideran casi todos los jurisconsultos como un contrato, más ó ménos especial y diferente de los otros. Pero ni el hecho jurídico del matrimonio es tal contrato, ni siquiera lo es su manifestacion solemne ante el Estado, que pertenece por el contrario á las llamadas "declaraciones unilaterales de voluntad": lo cual se desconoce en mayor ó menor grado por todos los pensadores y legisladores partidarios del "matrimonio civil" contraido ante la autoridad del Estado, en lugar del "registro civil del matrimonio", única funcion que en este punto corresponde á los poderes políticos, así respecto del consorcio de los fieles adscritos á las diversas comuniones religiosas positivas, como del de los ciudadanos que viven fuera de ellas.

Ciertamente, entra luego en el matrimonio, y entra *siempre*, un contrato (tácito ó expreso), en el ámplio sentido de la palabra; pero, lejos de constituir la nueva personalidad, versa únicamente sobre aquellas relaciones que subsisten entre los cónyuges, como personas sustantivas é *independientes*, cuyo estado viene á modificar el matrimonio; no sobre las que son propias de éste, como tal, en su personalidad indivisa, de que aquellos son *miembros* (v. gr., la pátria potestad): ó en otros términos, solamente sobre las relaciones de carácter civil ó privado.—(*N. T.*)

ya adquirirse por esa superioridad moral ó física que acabamos de indicar; ó derivarse, por último, de relaciones de posesion territorial (patrimonio). De estos diversos modos, ninguno puede considerarse como el normal y únicamente justo (1). Así como hay diversas formas de nacer el Derecho, segun los diversos grados de civilizacion, á saber, costumbre, contrato, ley, así tambien las hay para el Estado y su poder; pero subsistiendo siempre la exigencia de que estas formas se emancipen cada vez más de la fuerza y la pasion, y progresando constantemente segun normas permanentes jurídicas.

## §. 2.—Fin del Estado.

La cuestion más importante, relativa al *fin* del Estado, no ha recibido aún, á pesar de tantísimas explicaciones, solucion satisfactoria. En la investigacion de este problema se muestra muy especialmente la falta de una concepcion ética fundamental y comprensiva, tanto del fin humano en general como de todos los fines particulares y esenciales en él contenidos y orgánicamente enlazados (2).

Si ahora consideramos, prescindiendo de sus modificaciones ó sub-especies, las más capitales teorías, por lo ménos, que en los tiempos modernos se hallan difundidas, encon-

(1) De esto tratamos más ámpliamente en el derecho público. Véase mi *Doctrina orgánica del Estado (Org. Staatsl.)*, página 143 etc.

(2) Es en efecto sorprendente el que tantos tratadistas de Derecho político, ni siquiera presientan que el fin del Estado, aunque especial, ha de concebirse en primer término como abrazado en el total fin humano, del cual es sólo parte, y luego en relacion con éste: sin cuya superior fundamentacion ética, jamás se podrá determinar el fin del Estado de una manera verdaderamente científica.

tramos, ante todo, dos opiniones contrarias, una de las cuales erige en fin del Estado el fin *humano* entero, mientras que la otra lo reduce al *jurídico*, entendido de una manera completamente abstracta.

La primera de estas opiniones, por abrazarlo todo, nada determina. Que el fin del Estado se halla en relacion con el de la Humanidad, cosa es que toda consideracion exacta de la vida ha de reconocer. Mas con esto no se ha resuelto el problema. El fin de la Humanidad existe doquiera hay hombres y vida humana, y anima ó debe animar todas las tendencias y aspiraciones de indivíduos y sociedades. Así, se realiza por la religion con sus instituciones, por la ciencia y el arte, con las suyas, por la moralidad, así como, del lado principalmente físico, por las diversas ramas de la industria. De igual manera se realiza tambien mediante el Estado; pero el problema radica precisamente en determinar cuál sea el especial y característico modo con que éste debe cumplir por su parte el fin humano, que no se ha de absorber por completo en el de aquel, lo cual exigiria consecuentemente que su actividad se encargase de todos los asuntos de la vida, religion, moralidad, ciencia y arte. Esta opinion, más ó ménos claramente expresada, es tambien la de muchos y la que lleva en el fondo el socialismo moderno; pero una doctrina, con la cual es incompatible la libertad humana y que conduciria forzosamente á torpísimo despotismo, tal como por fortuna no se ha visto en la historia, es refutada por la ciencia y por la vida práctica.

Queda, pues, subsistente este problema: saber de qué especial y *característico* modo ha de realizar el fin humano el Estado. Ahora bien; otra teoría, opuesta á la precedente y que intenta garantir, ante todo, la libertad interior y exterior del hombre, pretende evitar esta dificultad, asignando á la Moral todo el problema del destino humano y sus fines par-

ticulares: porque ningun fin, en su sentir, puede ser propuesto por el Derecho ó por el Estado al hombre; antes bien, cada cual tiene que proponerse los que le son más adecuados, segun su conviccion moral y su sentido de la vida. De esta suerte se atribuye como fin al Estado el *jurídico*, tal cual lo establece la teoría de Kant, exclusivamente adicta al principio de libertad, asignándole, pues, la sóla mision de ordenar y proteger las condiciones para la coexistencia de la libertad de *todos*. Esta teoría, que ciertamente ha hecho resaltar aquel principio, antes demasiado desconocido, cayó, sin embargo, en contradiccion con la realidad, toda vez que hasta hoy ningun Estado contrajo su actividad á un fin meramente negativo como ese; antes al contrario, todos han auxiliado los varios fines humanos, la religion y la Iglesia, la ciencia y la educacion, el arte bello y el útil, si no de un modo imperativo y por medio de la coaccion, á lo ménos positivamente. Así, bien pronto fué abandonada esta teoría por consideraciones prácticas, á la vez que rechazada científicamente por el ulterior progreso de la Filosofía del Derecho.

Se ha creido deber atribuir al Estado *varios* fines por diversas teorías eclécticas, entre las cuales, la que opina que el Estado ha de cuidar juntamente del Derecho y del bien comun, protegiendo al uno y promoviendo el otro, ha encontrado singular acogida en todos aquellos que imaginan satisfacer las exigencias científicas por medio de yuxtaposiciones de esta clase.

Otros, por el contrario, han intentado resolver el problema, distinguiendo entre aquello que es propio de los indivíduos y lo que lo es de la comunidad social. De una manera exterior, se ha determinado conforme á este principio la mision del Estado, diciendo: «que ha de ejecutar todo lo que excede de las fuerzas del indivíduo y de las asociaciones pri-

vadas (1).» Pero semejante delimitacion, meramente *cuantitativa*, no puede hallarse de un modo científico: por cuanto ese límite oscila constantemente segun las distintas opiniones, y á menudo segun la sobrestima ó desestima de las fuerzas individuales y sociales: demás que el Estado tiene sólo que hacer posibles bajo muchos respectos, por medio de sus disposiciones, la fecunda aplicacion de las primeras de estas fuerzas.

Por último, otra doctrina algo más general, pero precisamente por esto ménos concreta en el fondo, señala como fin al Estado «la ordenacion y regulacion de la *vida comun*, abrazando, pues, *todas* las relaciones y objetos de la vida humana, tales como seguridad, prosperidad, defensa contra los elementos, moral pública y honradez, cultura, etc., *en tanto que* son fines de la comunidad y no meramente de los

(1) Esta teoría ha sido expuesta por Stahl (V. su *Fil. del Der.*, 2.ª, ed., t. II, secc. 2.ª, págs. 118, 120 etc.), y aceptada por muchos que disienten de los fundamentos filosófico-jurídicos en que la apoya este pensador. En mi *Filosofía del Derecho*, 4.ª ed., pág. 98, he hecho notar que, desde el punto de vista de una concepcion ética, como la que Stahl buscaba, no puede ménos de rechazarse por toda indagacion profunda semejante divorcio entre la vida individual y la social, y sus fines: puesto que todas las ramas de la Ética, á saber, religion, moralidad y Derecho, abrazan al hombre, tanto en su individualidad, como en todas sus relaciones sociales, si bien cada una á su propio modo, cuya exacta determinacion constituye precisamente el problema de las diversas ciencias éticas. Igualmente exterior é insuficiente es la concepcion del Estado y su fin por Stahl, que en nada mejoran sus ulteriores explicaciones, limitaciones y reservas; antes por el contrario, la hacen cada vez más indefinida. Así resalta en ella que el Estado es "sólo el órden y proteccion *exterior* de la vida social"; pero estos conceptos de lo *exterior* y lo *interior*, si no se determinan préviamente con sumo rigor científico, ningun criterio pueden suministrar. Recuérdense siquiera las discusiones sobre lo que pertenece á los asuntos interiores y exteriores de la Iglesia, y otras semejantes, y se excluirán de toda definicion esencial semejantes categorías. Lo que Goethe, desde el punto de vista de una consideracion orgánica de

individuos.» Pero tambien esta teoría persigue una determinacion que no puede decidirse por principios científicos: porque el problema de hasta dónde un fin lo es de la comunidad ó de los indivíduos, tiene que resolverse, ora, como en la teoría precedente, por las fuerzas que emplea, ora segun otros caractéres. Si se proscribe, además, no meramente de palabra, sino de hecho, la opinion mecánica, que distingue los conceptos de comunidad é indivíduo de un modo puramente exterior; si se comprende al último como *miembro* siempre de una comunidad, y se reflexiona que tambien esta puede ser de muy diversa clase, religiosa, moral, científica, industrial, no cabe dejar de definir el peculiar género de la comunidad política, determinándola, pues, cualitativamente, no por la mera cantidad. Este propio modo como el Estado, á distincion de las restantes instituciones, ordena las relaciones de la vida humana, es el que ahora indagaremos con más detenimiento.

---

la Naturaleza, ha dicho contra una distincion mecánica análoga:

Nichts ist drinnen, nichts ist draussen;
Was darinnen, ist auch aussen (*a*)

se aplica tambien á su modo á toda concepcion ético-orgánica de las diversas esferas espirituales: puesto que lo interior se manifiesta siempre de alguna manera. Si se resume todo lo que Stahl dice sobre el Estado y su fin, nace un verdadero *confusum*, en el que ninguna clara distincion y limitacion es posible, ni una solucion verdaderamente práctica de los problemas jurídicos. No debe desconocerse que Stahl ha adquirido gran mérito tambien en la Ciencia política, como en la Filosofía del Derecho en general, por toda su tendencia ética, por la exposicion de algunos puntos de vista directivos superiores, y por la rectificacion de muchas doctrinas erróneas precedentes; pero mostrándose ahora en él (especialmente en la 3.ª edicion de su obra) una inusitada presuncion, por la cual no cree serle lícito tener en cuenta, ni objeciones, ni tendencias posteriores, hay que indicar necesariamente la superficialidad con que ha tomado por locuras algunas profundas verdades biológicas.

(*a*) Nada está fuera, nada está adentro; lo que está adentro, tambien (está) fuera.—(*N. T.*)

Si el Estado, segun la teoría armónica, es una regulacion de estas relaciones, en que se manifiestan siempre los fines de la vida tan múltiplemente entrelazados, no puede ménos de tomar en cuenta dichos fines. La doctrina que quiere disgregarlos del Derecho y de la actividad política, confinándolos á la esfera moral, descansa, pues, en una falsa abstraccion entre ésta y la jurídica, y ha sido abandonada por la Ética moderna, hoy concebida como base comun de todas las ciencias prácticas. Ahora bien; hemos visto que no puede ser fin del Estado el de la Humanidad, en sí mismo, esto es, *inmediatamente;* y que tampoco puede buscarse de una manera anticientífica y perjudicialmente errónea en la yuxtaposicion exterior de *varios* fines particulares; ni por último, en un fin jurídico, parcialmente concebido como abstracto y aislado del humano. No queda, pues, considerado lógicamente el problema, sino *una* solucion, á saber: que el Estado tenga, entre los principales fines de la vida humana, un *fin especial*, pero en *orgánica relacion* con el de la Humanidad.

De hecho, así acontece. El Estado es una institucion en que el fin de ésta es perseguido al modo y forma *peculiar del Derecho*, como lo es por la religion en la Iglesia, por la ciencia, el arte y la enseñanza, la industria y el comercio en sus respectivos organismos. Hemos reconocido, además, merced á una concepcion *ética*, que el Derecho se halla en orgánica relacion con el fin entero de la Humanidad, ya que lo realiza bajo un aspecto, á saber: en las relaciones de mútua condicionalidad de la vida. El fin del Estado abraza, pues, aunque bajo este determinado aspecto, la totalidad de las relaciones humanas. Pero el Estado es en sí tan sólo el órden social jurídico, ó la vida jurídica de la sociedad, organizada en sus diversos grados, á partir del indivíduo. Mas sirviendo el Derecho, á su modo, al fin superior comun de la

Humanidad, y debiendo considerársele como un medio para éste, necesita expresar dicha relacion tambien en su fin. Tal acontece en la distincion entre el fin inmediato y directo que ha de *realizar*, constituido por el Derecho, y el fin de la Humanidad, mediato, indirecto, ulterior, que en virtud del Derecho ha de *facilitar*, y que constituye el fin supremo y último, desde el cual el Derecho y su institucion son á la par fin y medio (1). Estos dos fines no se combinan, pues, ni yuxtaponen así de una manera externa; sino que se enlazan recíproca y *orgánicamente*, mediante el concepto que hemos expuesto y que incluye dicha relacion con el fin de la Humanidad. La unidad orgánica del fin continúa subsistente para el Estado, que aparece como el mediador del humano destino.

El problema para el Estado y su actividad toda es en verdad, segun esta concepcion, harto más difícil que cuando se le supone un fin abstracto y aislado ó una suma de fines. Pues, en virtud de ella, necesita aquel tomar en cuenta para su actividad jurídica todas las relaciones esenciales: intelectuales, morales, religiosas, materiales y económicas, en cuanto influyen y determinan la relacion que ha de ordenar, y vice-versa. Toda saludable obra política supone, por tanto, *sabiduría*, conocimiento de los fines de la vida, y de los medios, fuerzas y condiciones con que han de pretenderse; debiendo notarse todavia que el Estado, merced á su fin jurídico, sólo ejerce una actividad formalmente ordenadora y reguladora, sin realizar inmediatamente y por sí ninguno de los restantes fines; mas tan sólo las condiciones, por medio de sus preceptos é institutos, para que la sociedad en sus diversos grados, desde el indivíduo, pueda perseguir dichos fines bajo la responsabilidad de sus personas físicas y mora-

(1) Esta distincion entre el fin inmediato (directo) y mediato (indirecto) se ha hecho ya en verdad muchas veces, pero siempre de un modo más exterior. V. mi *Doctr. org. del Est.*, págs. 107 y 118.

les. El Estado en sí mismo sólo *realiza* el Derecho; si bien precisamente por esto, *facilita* al par el logro de todos los demás fines en los diversos círculos de la vida social.

## §. 3.—Relacion entre el Estado y la Sociedad.

*Sociedad* y *Estado* son dos esferas de distinta competencia y modo de obrar. Mérito es de las modernas investigaciones esta distincion (1), á lo ménos en general, frente á las teorías anteriores, que, identificando los dos órdenes y sus respectivos poderes (así como el llamado contrato político y el de sociedad—*contrat social*) han dado ocasion indirecta á la absorcion de ambos en el mónstruo del socialismo político.

La *sociedad* es la totalidad unitaria de las diversas esferas consagradas á los fines capitales de la vida humana; y pues cada una de éstas constituye á su vez un todo de funciones y órganos, no es aquella un organismo simple, sino compuesto de varios círculos, muchos de los cuales en verdad se hallan todavia imperfectamente formados, pero que están destinados todos á organizarse de un modo peculiar y con relativa independencia. El organismo social abraza, pues, el de la vida jurídica, ó el Estado, el de la vida religiosa, ó la Iglesia, el de la vida moral, poco desenvuelto aún en sus institutos, el de la ciencia y el arte, igualmente débil todavia, el de la enseñanza y la educacion, algo

(1) Creo haber sido uno de los primeros que han hecho resaltar científicamente esta distincion en la primera edicion de mi *Cours du droit naturel*, 1839, sec. 2.ª, que contiene el derecho público; comp. la crítica de esta obra por Mohl en los *Anales de Heidelberg (Heidelb. Jahrb.)*, 1840, núm. 3; aunque desde entonces, procediendo en opuesta direccion, y en parte demasiado abstractamente, he extremado con frecuencia la separacion entre los círculos de la vida social y el organismo del Estado.

más desarrollado, así como la organizacion de la industria y el comercio, cada vez más extensa y más fuerte. Entre estos organismos especiales, Estado é Iglesia, que abrazan la vida humana en sus dos polos, el de lo eterno é infinito y el de sus relaciones finitas en su mútua condicionalidad, han debido necesariamente formarse antes y con mucho más vigor, encargándose de la proteccion, tutela, direccion y gobierno de los demás, si bien ha cambiado frecuentemente su situacion respectiva. La aspiracion de estas esferas hácia una mayor libertad é independencia ha crecido cada vez más en los tiempos modernos; y constituye una importante obligacion del Estado protejer esta educacion al intento de emanciparlas y organizarlas con relativa independencia, prestando las condiciciones para ello necesarias. No es lícito, por esto, disgregar completamente dichos círculos entre sí, ni con el Estado: así como todos ellos se mantienen en orgánica y mútua cooperacion, así es deber de éste ordenar las relaciones jurídicas que entre sí y con él sostienen.

El Estado es, pues, el organismo jurídico de toda la sociedad humana, con la cual se encuentra en la misma relacion en que está el Derecho con el fin de la Humanidad, refiriéndose, por tanto, á la entera actividad de ésta, mas sólo bajo el respecto del Derecho, que le indica la extension y los límites de su accion propia, y por consiguiente de su existencia y vida. El Estado, verdaderamente, sólo *existe* allí donde ha de *obrar* en Derecho. De aquí que todo lo humano se halla en parte *dentro*, en parte *fuera* del Estado: lo primero, en cuanto ha de ser jurídicamente ordenado por él; lo segundo, en cuanto constituye un asunto puramente religioso, moral, científico, industrial. Parece, á la verdad, que incluye el Estado todo aquello, por lo ménos, que se produce exteriormente en la sociedad: opinion esta que descansa en algunas notas verdaderas, pero que no llevan á la conclusion de

que todo se halle en *todos* respectos dentro del Estado. Este es, pues, merced á su fin jurídico, el poder *protector* comun, expresion de la *unidad externa* de fuerza é imperio, que, en caso necesario, aplica tambien la coaccion, debiendo además organizar jurídicamente la esfera material comun, el territorio. Bajo estos aspectos, aparece el Estado como un órden social comun, que todo lo abraza en sí mismo, pero que constituye sólo un órden especial, perteneciendo el hombre á varios órdenes de la vida, que en parte se hallan fuera del Estado, y sólo bajo su aspecto jurídico pueden ser dirigidos por él.

Ahora bien, esta institucion es un organismo, tanto *en sí* propio, cuanto *en su relacion* con las demás esferas sociales. Este último respecto es el que acabamos de exponer.

En su interior, es el Estado un organismo, así en las personas como en las relaciones. Ante todo, debemos rectificar aquí una opinion bastante extendida, segun la cual se entiende frecuentemente por Estado sólo el poder central, que viene á ser como la clave de todo el llamado edificio jurídico, del cual se excluye en este caso á los indivíduos, las familias y aun los municipios. Hasta muchos que creen profesar doctrinas orgánicas, no pueden libertarse de esta concepcion (1), que pertenece á una teoría mecánica, por la cual se

(1) Así dice, por ejemplo, uno de los más importantes escritores modernos de Derecho político, H. A. ZACHARIAE (*a*), en su *Derecho político y federal de Alemania (Deutsches Staats-und-Bundesrecht)*, 2.ª ed., 1853, parte primera, pág. 39, aceptando en lo capital la idea del Estado que Stahl expone: "pertenece, pues, á la esfera del Estado sólo aquello que corresponde al *interés general* de la comunidad política; no lo que es en sí mismo mero asunto del indivíduo, la familia, el municipio ú otras sociedades humanas en el Estado." En esta idea, hay tambien la extraña contradiccion de que algo que *no* debe pertenecer á la esfera del Estado, se halla, sin embargo, *en* éste.

(*a*) Que no debe confundirse con el célebre publicista anterior Cárlos Salomon Zachariä, discípulo de Kant y autor de los *Cuarenta libros sobre el Estado*.—(*N. T.*)

hace provenir exteriormente todo el órden jurídico, por lo comun, de un contrato. Pero así como el Estado nace gradualmente desde abajo, así abraza tambien gradualmente como miembros esenciales á los indivíduos, las familias y los municipios. Esta verdad aparece todavia con mayor evidencia, cuando se consideran orgánicamente las relaciones jurídicas y la distincion usual entre las públicas y las privadas: esferas estas que no pueden divorciarse en absoluto, como supone un superficial razonamiento, por poseer un centro comun, que es el Estado. Cierto que en el derecho privado predomina la propia determinacion de cada persona física ó moral, mientras que en el público la determinacion, disposicion y regulacion proceden del todo, y dan á sus miembros la medida; pero de igual manera que aquel existe sólo en el Estado, no meramente porque le garantice, sino tambien por penetrar en él muchas disposiciones de interés comun, que lo enlazan con el derecho público, así el *indivíduo* se halla en el Estado, del cual es miembro en dos respectos: en el privado, donde su libertad prepondera, partiendo de él la determinacion, y en el público, donde quien dá la norma para el fin comun es el todo, del que el indivíduo es parte á su vez, teniendo por ello derechos y deberes públicos. En la *familia*, predomina en verdad todavia el aspecto privado; pero su derecho está ya más sujeto á la determinacion y organizacion de carácter público que el del indivíduo.

El *municipio*, primera comunidad permanentemente localizada, y que no es meramente un órgano del Estado, sino ante todo un organismo ético-social (1), en todas las relaciones humanas, un centro para la vida religiosa, moral, intelectual, industrial y mercantil, aparece tambien como el

(1) Sobre el municipio como organismo *social*, V. MOHL en la *Revista crítica (kritische Zeitschrift* etc.), 1853, pág. 209.

punto en que más íntimamente se compenetran el Derecho privado y el público, si bien cada una de estas esferas debe determinarse en especial. El municipio tiene que ejercer su derecho privado en todos los círculos, en que entra como persona moral, dotada de relativa independencia, rigiéndose por sí en sus disposiciones y administracion. El aspecto privado de la comunidad municipal se expresa principalmente en sus bienes, en cuya esfera debe reconocérsele libre disposicion, aunque bajo inspeccion superior y en ciertos límites: de este modo, expresa todo su carácter jurídico-moral, su prudencia, su economía, en suma, su accion benéfica en pro de la comunidad y los indivíduos, lo cual es ya una razon para que la fortuna municipal no sea absorbida en la general del Estado, comunismo tan absurdo como el de la fortuna de los particulares. Pero aun en las otras esferas ético-sociales de la religion, la enseñanza, la industria y el comercio, corresponde al municipio, en parte su direccion independiente, en parte cooperacion de otros poderes.—En lo público, aparece el municipio, en cuanto constituye un órgano mediador para las funciones generales, como ejerciendo una jurisdiccion *delegada*, segun se dice; y en ello ha de someter sus propias disposiciones y preceptos á la inspeccion y aprobacion de la autoridad provincial ó central.

Lo que aquí se dice del municipio, se aplica en general tambien á los restantes grados intermedios de cualquier clase (especialmente á las provincias) que puedan existir todavia entre aquel y el poder central.

Por último, tambien el *Estado* mismo, aunque en él predomina lo público, debe concebirse en sus relaciones privadas, apareciendo en ellas especialmente como poseedor de bienes (fisco). De esta suerte, en los dos polos extremos de la organizacion, el indivíduo y el poder central, preponderan respectivamente el aspecto privado y el público; pero todos

los miembros del Estado se hallan entre sí y con el todo en orgánica relacion y cooperacion, é investidos de recíprocas pretensiones y obligaciones; debiendo ordenarse dicha cooperacion de todos para alcanzar el fin comun de tal manera, que á ninguno de sus miembros excluya; antes, todos se reconozcan y sientan como partes de un todo, y obren para los fines públicos. Así subsiste un vínculo solidario que en todas las funciones esenciales políticas debe mantenerse: en el reconocimiento y respeto de estos mútuos derechos y obligaciones, radica una de las más principales garantías de la conservacion del Estado y de una verdadera organizacion que asegure la libertad orgánica.

### §. 4.—Constitucion y Administracion.

Estas relaciones del organismo entero político vienen á manifestarse en la vida *real* de dos modos, á saber: de una manera más bien *permanente* y acorde con todo el estado ético de la civilizacion y el carácter de un pueblo, en la *Constitucion;* y en la *ejecucion activa* que corresponde á las normas constitucionales, en la *Administracion.*

La *Constitucion* ó ley fundamental del Estado abraza las reglas permanentes, segun las cuales se ordenan las mútuas relaciones entre el todo social (poder central) y sus diversos miembros particulares, en los varios modos de la actividad jurídica, al intento de realizar el fin del Estado, concebido segun las costumbres y cultura que predomina en el pueblo. Expresa, pues, la Constitucion, el carácter de la vida y civilizacion de un Estado en aquella época; y así como el carácter de la persona individual decide de su actividad, así la Constitucion dá la norma para toda la actividad del Estado. Ningun Estado cabe que carezca en absoluto de una norma de esta clase, por la cual, á sabiendas ó no, se dirige,

ni de Constitucion, pues; aunque pueda expresarse principalmente en la forma de usos y costumbres tradicionales. Y así como supone ya un superior grado de cultura el formar conciencia de los principios que determinan ó deben determinar la vida, así alcanza el Estado un grado superior tambien, cuando su Constitucion se concibe claramente en sus principios directivos y se expresa permanentemente por medio del lenguaje escrito.

Ahora, la Constitucion ha de determinar, en una parte que suele llamarse *material*, la esfera y límites asignados á la actividad de cada uno de sus miembros, con las principales pretensiones y obligaciones que de ella nacen; y luego, en la llamada parte *formal*, el sistema de las funciones y poderes políticos, organizados y enlazados, cada uno en su peculiar esfera de accion, y en mútua determinacion con todos. Y pues la Constitucion es la expresion fundamental del sentido biológico interno de un Estado; si, por tanto, es cosa viva en sí misma, jamás puede hablarse de la mejor Constitucion en absoluto; antes cada una ha de adaptarse á las condiciones de la vida y progresar con ellas, de modo que sólo puede dar una norma relativamente permanente, en la cual se establezcan además las formas de sus ulteriores modificaciones. En toda Constitucion, ora se trate de establecerla, ora de juzgarla, hay que aplicar un triple criterio: 1) el *jurídico* universal, para discernir qué reglas generales prescribe el fin conocido del Estado; 2) el *histórico*, para determinar qué elementos vienen actuando en la Nacion, como costumbres morales, tradicion, usos, y deben tenerse en cuenta en la obra, á fin de que constituya un lazo de union entre el pasado y el presente; 3) el *nacional*, para estimar hasta dónde debe decidir el carácter simple ó complejo de cada pueblo, que, en virtud de su índole original, flexible en muchos respectos, pero que jamás por entero se borra, anun-

cia en la organizacion política tendencias diversas (v. gr., hácia la centralizacion, ó hácia una organizacion más desenvuelta). Por esto, ninguna Constitucion puede trasportarse de un pueblo á otro, aunque sí hallar en todos aplicacion los principios jurídicos (1).

La *Administracion* es la actividad del Estado dirigida á la ejecucion de su fin en las relaciones y casos *concretos* de la vida, segun el criterio de las reglas constitucionales, y mediante los poderes, funciones y órganos al efecto. La Administracion, en este sentido generalísimo de la palabra en que se opone á Constitucion, se organiza en las siguientes funciones capitales ó *poderes:* 1) el *gubernamental* (2), que como poder supremo (3) constituye la unidad y el vínculo de

(1) Nada más sofístico que la confusion, tan usual ciertamente, entre estos dos términos. Así, se apela al carácter original é intraducible de las instituciones de tal ó cual pueblo, para declarar, por ejemplo, incapacitados á otros, aun perpétuamente, para el goce del Derecho y los beneficios de la libertad política. Disculpable era este error en tiempos de Montesquieu (que es sabido hasta qué punto incurrió en él); pero hoy ya no puede motejarse de aventurada la asercion de que en su mantenimiento tiene quizá más parte que la ignorancia, la malicia.—(*N. T.*)

(2) La expresion usada por Ahrens es *Regierung*, que, en las ediciones francesas de su *Der. nat.* traduce por *pouvoir gouvernémental*, y puede equivaler entre nosotros á las de "gobierno" ó "gobernacion," más comunmente empleadas para designar el poder propiamente ejecutivo, ó á la de "poder presidencial" ó "del jefe del Estado," formadas en razon del órgano que ejerce esta funcion. Hoy el uso parece inclinarse á las denominaciones de poder "moderador" y poder "armónico," tomadas, la primera, de *una* de sus funciones; la segunda (que tal vez deba prevalecer), del carácter *general* de todas ellas.—(*N. T.*)

(3) El error de llamar "supremo" á este poder es uno de los resábios de la antigua concepcion de la monarquía, en la cual se estimaba al rey, ora como el único soberano (monarquía pura), ora como compartiendo esta cualidad y atributo con el pueblo, soberano tambien á su vez, concertándose y limitándose ambas soberanías mediante el "pacto constitucional" (monarquía doctrinaria). Pero, si el Es-

toda la administracion, como tambien el que dá el impulso y la superior direccion y guía (1); 2) el *legislativo*, que, sobre las bases constitucionales, establece reglas comunes para relaciones más ó ménos permanentes é iguales; 3) el *ejecutivo*, que aplica á los casos y circunstancias particulares, ya las leyes, ya las disposiciones que dá por sí mismo el Gobierno para llevarlas á cabo. Este poder, usualmente llamado ejecutivo, se denomina tambien administracion en sentido estricto, y se contrapone al legislativo, subdividiéndose en dos ramas, que son la administracion de *justicia* y la que conserva el nombre de *administracion*, por antonomasia. Las tres funciones ó poderes principales que acabamos de indicar, tanto se distinguen entre sí como se enlazan orgánicamente,

---

tado es el *único* soberano (no el rey, ni la muchedumbre, ni ambos, ni tales ó cuales clases ó elementos, como la inteligencia, la fortuna, etc.), por cuanto, en la unidad total y fundamental de su persona—que no há menester, como Hegel pretende, encarnarse y subsumirse en un indivíduo—es única autoridad, que rige orgánicamente todo su contenido y resuelve en última inapelable instancia sobre todos sus poderes, ninguno de éstos es soberano respecto de los demás, perteneciéndole tan sólo este atributo en sus relaciones *interiores*. El poder del jefe del Estado (cualquiera que sea la forma en que este poder se organice) es, ni más ni ménos que los restantes, un instrumento, un medio, una funcion dependiente y subordinada al todo del Estado, por más que, al igual tambien de aquellos, ejerza la mision reflexiva y artística que, en órden á sus peculiares fines le está confiada para interpretar el sentido reinante en el Estado. (V. pág. 139, último párrafo de la nota.)

La falsa apariencia de que al jefe de éste es á quien corresponde decidir, v. gr., en los conflictos entre los representantes del poder legislativo y los del ejecutivo, contribuye en gran manera á este error. Pero, si bien se considera, la facultad de disolver las Cámaras ó destituir al Ministerio no atribuye en modo alguno al monarca ó presidente poder para *dirimir* la colision, sino para apelar á la nacion á fin de que *ella*, y únicamente ella, la dirima.—(*N. T.*)

(1) Sobre el poder gubernamental, como el supremo en el Estado, y más elevado y comprensivo que el meramente ejecutivo, véase mi *Doctrina orgánica del Estado*, pág. 178.

y en especial mediante el poder unitario y gubernamental, al cual, como vínculo supremo, pertenece la suprema decision, así en lo legislativo (1), cuanto en la direccion del poder ejecutivo.

La administracion, en el segundo sentido de la palabra, como poder ejecutivo, se divide ante todo, segun las relaciones totales del Estado, en interior y exterior.

La administracion exterior está representada en el Ministerio de Negocios extranjeros, y comprende la representacion general de cada Estado y la defensa de sus intereses con respecto á los demás; manifestándose tambien en ella las diversas ramas de la administracion interior, de la justicia civil y criminal, la religion, la industria, el comercio, etc., en cuanto pueden afectarles las relaciones exteriores.

La administracion interior se subdivide segun las varias direcciones del fin del Estado y segun los distintos miembros de su organismo:

*A)* Segun la organizacion interior del Estado en municipios, partidos ó comarcas, distritos, círculos ó regiones, provincias, etc., se divide la administracion en: municipal, que bajo su aspecto jurídico-político, pertenece tambien á la del Estado; regional, provincial, etc., y central, que constituye el órgano supremo en esta esfera.

*B)* Segun el fin del Estado, que hemos visto es doble, directo é indirecto, se divide en: administracion consagrada inmediatamente al Derecho en sí mismo (administracion *jurídica)*, y que concierne, por tanto, al derecho positivo y sub-

(1) Insistimos en lo dicho. Aquí acentúa todavia más el autor su imperfecta concepcion de la jefatura del Estado, coincidiendo casi con Hegel y, en general, con los que atribuyen á aquella magistratura la *sancion* legislativa, en lugar del *veto*, que es la única funcion que en este respecto le corresponde.—(*N. T.*)

sistente, asegurando su observancia y cumplimiento; y de otro lado, segun el fin (indirecto) de la Humanidad, ó sea del bienestar y prosperidad comunes, en *administracion* en sentido estricto, que, por medio del Derecho y sus instituciones, procura el bien en sus diversas esferas.

Consideremos ahora cada uno de estos órdenes.

*a)* La administracion, en sentido estricto, está consagrada, pues, á los fines esenciales humanos, religion é Iglesia, moralidad, ciencia y arte, instituciones de educacion é instruccion, industria y comercio, y se distingue segun estas esferas de cultura en otros tantos órdenes especiales de derecho público: á saber, de asuntos religiosos y eclesiásticos, de educacion y enseñanza, hasta donde dependen de la proteccion del Estado, de vigilancia por la moral pública, de administracion económico-política y financiera.

*b)* La administracion de justicia se organiza segun las tres direcciones capitales de la actividad jurídica, á saber: la prevencion, la conservacion y la reparacion (1) en: 1.°, justicia *preventiva*, llamada, en el lenguaje usual de la práctica, *policía* y cuya mision es evitar, hasta donde le sea posible, así en las ocasiones y circunstancias generales como en las particulares, las lesiones del Derecho y el bien comun, que dimanan de la voluntad *injusta* de los miembros

(1) Esta distincion será todavia más rigurosamente fundamentada y desenvuelta en el resúmen de derecho público. Allí habrá de determinarse con mayor precision, qué sea la *policía*. Por lo demás, es ya de notar que, si en lugar de esta palabra equívoca, á la que atribuye cada cual *su* propia opinion, se hubiese elegido una expresion alemana, habria sido forzoso indicar con toda claridad su objeto. Pero, en realidad, la policía puede concebirse, bien sea únicamente como la administracion del bienestar comun, conforme arriba se dice, (con lo cual, sin embargo, se cae en contradiccion con la actualidad, por cuanto las más veces la policía se mantiene con razon alejada de esta clase de asuntos), bien sea como justicia preventiva, lo cual es tambien en efecto.

del Estado; 2.°, justicia *conservadora*, encargada de vigilar la libre produccion del Derecho, ó sea, la llamada jurisdiccion voluntaria, que, velando para que se observen las reglas y formas jurídicas, en los asuntos de esta clase que diariamente ocurren y en los cuales se informa y progresa libremente la vida del Derecho, la mantiene y fortifica en su estado; 3.°, justicia *reparadora*, que es de dos especies: *civil* y *criminal*, segun que tiene por fin decidir entre partes las cuestiones que sólo conciernen al interés privado, reponiendo el estado de Derecho, perturbado por la contienda entre los particulares; ó, por el contrario, destruir las infracciones causadas por actos injustos é imputables y que atañen juntamente á todo el órden jurídico, restableciéndolo de esta suerte en todos cuantos respectos ha sido lesionado (1), á saber, en el del órden jurídico, en el del perjudicado y en el del delincuente (2).

Pero, así como la administracion de los asuntos exteriores representa al Estado en su *unidad* frente á frente de otros,

(1) Sobre este fin de la justicia penal, véase más extensa explicacion en mi *Fil. del D.*, 4.ª ed., pág. 422. El fin de la pena se determina allí orgánicamente, en todas sus direcciones esenciales.

(2) Ahrens, en ninguno de sus libros ofrece una concepcion satisfactoria, clara y precisa de la reparacion penal, incurriendo en una vaga composicion ecléctica entre los diversos fines que á ésta han asignado las principales teorías, sin referirlos á un principio que los rectifique y comprenda realmente, sino tomándolos tal cual se presentan por sus defensores. La reparacion del "órden jurídico," por separado de la del delincuente, aparece como una abstraccion muy semejante á la de la llamada "escuela absoluta:" pues el órden y estado del Derecho no es una entidad que pueda concebirse *per se*, prescindiendo de las personas que lo constituyen, por donde mal pudiera repararse, sin reparar *ipso facto* la lesion jurídica en todas éstas y, por tanto, en el delincuente. En cuanto á la accion en pró del "perjudicado," aunque otra cosa se piense en general todavia, para nada toca al derecho penal, sino á la reparacion *civil*, que debe regirse por las leyes de este órden, y que no forma parte alguna de la pena.—(*N. T.*)

tambien en la interior hay un órgano cuya mision estriba en unificarla y servir de vínculo y enlace entre sus diversas ramas. Tal es el sentido del Ministerio principalmente llamado *del Interior* (1). Por lo comun, ha reinado hasta hoy en la ciencia gran perplegidad para determinar la situacion, sentido y fin de este Ministerio, tan importante en todo Estado real. Una doctrina orgánica que, por el contrario, necesita garantir la unidad en el interior del Estado, ha de asignar á esta funcion el destino, por una parte, de administrar los asuntos *comunes;* por otra, de asegurar el organismo de aquel en sus municipios y demás círculos, conforme á los preceptos legales y dirigir y vigilar supremamente la accion de todas las autoridades establecidas para estos órganos: de suerte que dicha funcion es tambien la administracion central de la política general. Así aparece el Estado en la Administracion tambien como un todo orgánico: con lo cual, hemos expuesto sumariamente, pero por completo, su organizacion.

---

(1) Entre nosotros, el Ministerio "del Exterior, de Negocios extranjeros ó de Relaciones exteriores" (que todos estos nombres suele recibir) se llama "de Estado," y el "del Interior" se denomina "de la Gobernacion."—(*N. T.*)

# CAPÍTULO VI.

## DIVISION ORGÁNICA DEL DERECHO.

### §. 1.—Division formal en privado y público.

Hasta hoy, ha prevalecido en la Ciencia del Derecho la division de éste en privado y público, division á la verdad importante, pero insuficiente; distinguiendo por lo general, y no sin razon, como una rama particular del último, el derecho político. Pero aquella division se ha mostrado incompleta, así teórica como prácticamente, concibiéndose tambien las más veces de un modo exclusivo y erróneo. Lo primero, porque esferas capitales de la vida, que deben organizarse jurídicamente, v. gr., el derecho eclesiástico, difícilmente pueden clasificarse segun aquel principio, y porque ciertas ramas, tales como el derecho mercantil, industrial, procesal, etc., pertenecen, bajo un aspecto al órden privado, y bajo otro al público; lo segundo, porque usualmente se divorcian entre sí ambos miembros, sin reparar ni exponer sus múltiples relaciones.

Esta concepcion es consecuencia, en parte, de una abstracta y mecánica separacion de ideas; en parte, de un resto de la antigua teoría del Derecho y el estado de naturaleza, que imaginaba al indivíduo, por lo ménos en ficcion, fuera del Estado, el cual nacia como producto del contrato de los indivíduos, distinguiendo rigorosamente los derechos de éstos

de la esfera de accion delegada al poder de aquel. Ya hemos reconocido lo erróneo de todo este punto de vista. El indivíduo no puede nacer, vivir ni desarrollarse sin una sociedad preexistente: por donde es irracional separar en absoluto su derecho del de la sociedad y, por tanto, del del Estado. Al considerar á éste como un organismo, hallamos que todos sus miembros, indivíduos, familias, corporaciones, etc., así como el órgano central que representa á la comunidad política, son al par privados y públicos, y que ambos elementos sostienen entre sí múltiples relaciones.

Ahora bien, siendo orgánico el Derecho y formando un sistema con igual carácter, debe ser tambien *orgánica* su division. Y pues que en todo organismo se distinguen y enlazan íntimamente la materia y la forma, el organismo *ético* del Derecho debe dividirse segun este doble principio: 1.º, *materialmente*, en consideracion á los fines capitales que constituyen el *fondo* de las relaciones de la vida, cada uno de los cuales, en sí mismo y en su solidaria union con los demás, ha de favorecer el Derecho; 2.º, *formalmente*, esto es, segun el *modo* como todos aquellos miembros obran en razon de dichos fines.

La última division debe subordinarse científicamente á la primera; no obstante que en la ciencia jurídica contemporánea, donde el formalismo, alimentado por la teoría naturalista y por el estudio de las instituciones positivas, prescinde por completo de los fines éticos, se ha pretendido invertir estos términos, logrando tan sólo constituir un sistema desfigurado en que se intenta sustraer el contenido real de la vida á la forma en que este contenido se encierra. Para hacer, sin embargo, más accesible á esta concepcion usual nuestra division, comenzaremos por la formal, entendida, no abstracta y mecánicamente, sino con un sentido orgánico.

La division formal del Derecho debe proceder inmediata-

mente de la oposicion que aparece en la naturaleza y actividad de los organismos, á saber: entre los *miembros* y el *todo,* si bien notando al propio tiempo las *mútuas relaciones* entre ambos términos, así como las que el todo mantiene con las restantes instituciones exteriores sociales. De esta oposicion, resulta en el organismo jurídico, cuyos órganos son personas, la distincion entre el derecho *privado* y el *público.*

En el *primero,* aparece cada miembro de una comunidad, inferior ó superior, en su propiedad y sustantividad, en su *independencia,* tanto con respecto á los demás, cuanto al todo mismo. Cada persona física ó moral se muestra aquí por consiguiente, en sus relaciones ya puramente personales, ya tocantes á los bienes, como un sér que es y vive *para sí* mismo, por manera que su conducta jurídica procede *de él* en *espontánea* determinacion *(autonomía),* segun sus propias convicciones. El derecho *privado* es, pues, aquella esfera de accion en que cada una de esas personas puede buscar su bien por sí y para sí, como fin moralmente lícito, de un modo conforme á la justicia, esto es, bajo todas las condiciones correspondientes á las diversas relaciones de la vida: este derecho peculiar á cada persona podria en cierto respecto llamarse su derecho *interno,* por cuanto mediante él conserva ella un círculo determinado, *dentro* del cual puede producir libremente su vida jurídica en cosas y en actos, sin tener que responder de ello á autoridad alguna externa. Así, cabe en rigor definirlo como el todo orgánico (correspondientemente al organismo de las relaciones de la vida) de aquellas condiciones bajo que los diversos miembros de una comunidad; personas físicas ó morales, en sí mismos y en sus mútuas relaciones y comercio social, pueden buscar y promover su bienestar ético, con propia determinacion (autonomía) y sin perjuicio de los derechos proporcionales de los demás.

Por el contrario, el derecho *público* ordena las *mútuas relaciones* orgánicas que, dentro de una comunidad permanente y consagrada á un fin general humano, se mantienen entre el órgano *central*, que garantiza la unidad del todo, y los diversos órganos *subordinados;* así como las exteriores entre ella y las demás comunidades é instituciones sociales.

El derecho público se ofrece, pues, en dos direcciones, interior y exterior, de las cuales nace su distincion en dos esferas correspondientes, que todos admiten por lo que toca al Estado (1). Allí, por tanto, donde existe una comunidad moral permanente para un fin capital humano, allí hay tambien un derecho público. Y abrazándose toda comunidad de este género en el todo orgánico de la sociedad, puede llamarse, semejante derecho *general social;* dándose en él tantas esferas, cuantos son los fines principales que solicitan la actividad humana. Así, hay un derecho público para la sociedad religiosa ó la Iglesia, para la moralidad, para la industria y el comercio, etc.: é igualmente lo hay para la misma sociedad jurídica ó Estado, el cual es el derecho *político*, en estricto sentido, rama del público ó social, del que debe distinguirse, como la especie del género.

Resulta de esta explicacion que el derecho privado y el público no se distinguen por su fin esencial, mas sólo por el

(1) Los asuntos públicos interiores de una comunidad, v. gr., del Estado ó de la Iglesia, pueden parecer privados, cuando esta comunidad se considera como *una* persona moral *sustantiva* y con *propia* determinacion enfrente de *otras* personas morales exteriores: por ejemplo, un Estado frente á otros, ó la Iglesia frente al Estado. Pero esto no puede acontecer sino allí donde se prescinde de sus mútuas relaciones orgánicas, y hasta donde se prescinde. Las ideas de privado y público son siempre, bajo un aspecto, *relativas*. Únicamente cuando se considera á la persona *física* individual tan sólo en *sí misma*, aparece un derecho puramente privado; mas al punto que entra en relacion con una comunidad, comienza ya una especie de derecho público.

*modo* como realizan un mismo fin, segun, á saber, que esta realizacion es predominantemente obra de la libre espontaneidad de cada *miembro*, procurando *por sí*, ó de la *comunidad*, mediante la ordenada *cooperacion* de todos. El fin *último* de la actividad y las instituciones sociales radica siempre en la personalidad humana, centro y término del derecho público, como del privado.

Derívanse, por otra parte, de esta division formal, algunas consecuencias prácticas de importancia. Arraigando el derecho público en el organismo de la sociedad, no puede modificarse por la voluntad privada, por la decision de los *particulares* (1), no pertenece á su patrimonio, ni debe contarse entre los derechos privados bien adquiridos; pero á su vez, en el órden privado, que asegura á cada persona una esfera que regir libremente, vale tambien el principio de que nadie puede perder sus derechos sin su consentimiento (donde éste es admisible), por mera disposicion de la autoridad.

Ambos órdenes se compenetran entera y orgánicamente, como ramas de un mismo tronco. Si el indivíduo se halla en perpétua y esencial relacion con el todo, no habrá materia en el derecho privado que no tenga un aspecto por donde se refiera al interés de la sociedad, y que deba garantirse por medio de disposiciones y leyes *absolutamente imperativas* ó *prohibitivas*, que no puede modificar la voluntad de los particulares. A su vez, el todo social posee una esfera en que

(1) Por esto decian con razon los romanos: *Jus publicum pactis privatorum mutari non potest.*—L. 38 D. *de pactis*. Pero con la misma razon debe decirse: *jus singulorum pacto seu jussu publico mutari non potest*. Sólo en aquella rama del derecho privado, que es objeto del comercio, pueden los bienes materiales tomarse al indivíduo, aun por medio de la coaccion, pero *indemnizándole*, si éste, en el fondo, por *mala* voluntad, quisiese impedir una empresa beneficiosa para todos, negándose á ceder la cosa por la justa indemnizacion.

aparece tambien como persona privada: así, el Estado, como dueño de bienes (el fisco) se halla sometido al derecho privado.

Conforme á la precedente distincion, orgánica, aunque primeramente formal, podemos, antes de pasar á la division material y más importante, juzgar algunas otras divisiones.

Los romanos proceden, en su division, del punto de vista de la *utilidad* pública ó privada (1); pero, si el Derecho es indudablemente útil, en el verdadero sentido de la palabra, ó mejor, si tiene por fin alguna utilidad, no pueden en realidad separarse la utilidad pública y la privada; la distincion se refiere á la diversa manera de actividad con que este fin útil se persigue, ya por la determinacion de los particulares, ya por la accion y las instituciones de la sociedad: siendo

(1) *Publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem. Sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim*, 1. §. I, 2. D. *de justitia et jure* (ULPIANO).—V. sobre esto mi *F. del D.*, 4.ª ed., pág. 49. Cuando STAHL (*F. del D.*, 3.ª ed., t. II, pág. 302) nota, por el contrario, que "la esencia (del derecho público) no es el fin de la utilidad comun, sino el gobierno (*Beherrschung*) comun—concierto para un Estado comun—como objeto y contenido de la relacion," tampoco distingue entre el fin próximo, que es á la vez medio, y el último. El gobierno comun sólo es y puede ser un fin de la primera clase, que á su vez sirve al fin mediato del bien ético humano. Stahl mismo dice (§. 47): "el hombre es el centro de ambos (del derecho privado y el público)"; pero es tambien fin último de ambos. Si el Estado en general ha de concebirse como un medio y fin próximo para el total del hombre y la Humanidad, el gobierno comun tampoco puede ser sino medio. Stahl, pues, á pesar de todas sus pretensiones de concepcion orgánica, entiende el todo, lo social y comun, á su vez abstractamente, por separarlo de las personalidades humanas; y esta abstracta concepcion se manifiesta en su *Fil. del D.* en todos los problemas capitales, constituyendo en el fondo el extremo opuesto al anterior derecho natural, en el cual se concebian los indivíduos, como tales, sin relacion esencial alguna al todo y á la comunidad. Cuán meramente abstracta sea tambien la doctrina de Stahl sobre la pena, lo he indicado en mi *F. del D.*, página 426.

siempre el fin último el bien de los hombres reunidos en ésta (1).

En los tiempos modernos, Savigny ha hecho consistir esta distincion en que «en el derecho público, aparece el todo como fin, y el indivíduo como subordinado; mientras que, en el privado, el indivíduo es fin de sí mismo y toda relacion jurídica medio tan sólo para su existencia ó sus diversos es-

(1) La relacion entre el Derecho y la utilidad ha sido en parte planteada por el autor en las págs. 60 y siguientes; pero ni allí, ni en este lugar, ni en su *Der. nat.* la explica suficientemente. Esta relacion es uno de los puntos hoy todavia ménos aclarados en la actual Filosofía del Derecho, siendo muy de agradecer el esfuerzo con que, sin decaer un instante y en medio de la más cruda (y á veces injusta y aun torpísima) guerra, ha pugnado el utilitarismo en todos tiempos, desde Epicuro á Bentham y desde éste á Stuart Mill y á los positivistas contemporáneos, por establecer la afinidad esencial de ambos conceptos, dejando á un lado las tendencias eclécticas de Dameth, Minghetti y otros pensadores de análogo sentido. De más está decir que, en la crítica del utilitarismo que ha hecho Ahrens en el tomo I de su *Der. nat.*, con motivo especialmente de Bentham, no sólo deja á un lado (en nuestro sentir) el principio más importante del sagaz publicista inglés, así como el punto exacto, á partir del cual se tuerce y yerra (lo mismo que todas las llamadas doctrinas "utilitarias"); sino que ha incurrido en una concepcion sumamente errónea de la utilidad, dejándose arrastrar de ciertas vulgaridades y lugares comunes semejantes á aquellos que en este punto comete el malogrado Jouffroy en su *Cours de droit nat.*: libro, cuyo sentido parece haber inspirado á Ahrens. Sólo así se comprende, por ejemplo, que haya podido considerar la utilidad como un principio variable, relativo y subjetivo, incapaz de servir de criterio, y afecto únicamente á todas las veleidades y egoismos del capricho individual, incidiendo en el pecado comun al utilitarismo (que no ha podido librarse de él hasta hoy, á pesar de los ingeniosos esfuerzos de Bentham) y al ascetismo, ambos acordes en estimar la utilidad como cosa relativa y subjetiva, apartándose luego una de otra tendencia, en cuanto á apreciar como un mérito ó como un vicio esta relatividad.

De los principios que Ahrens con repeticion expone en sus importantes y fecundos escritos, debia esperarse fundadamente una consideracion de la utilidad harto diversa, ya en sí misma, mostrando su valor objetivo, real, independiente de la opinion y de la voluntad

tados (1).» Pero tampoco en esta distincion se hace resaltar la diferente manera de obrar para uno y otro fin, que es de lo que en primer término se trata; desconociéndose además que el todo es fin en *otro* sentido que la persona individual, por cuanto aquel tiene que ser fin inmediato y ésta fin último. A consecuencia de esa definicion, háse visto Savigny obligado á separar por completo el derecho eclesiástico de una y otra esfera, considerándolo «como un órden jurídico

del sujeto, como criterio para juzgarlas, ya en sus relaciones con el Derecho, que no basta afirmar de un modo indefinido y vago. Ciñéndonos á este último punto, si concebimos el Derecho como una relacion de condicionalidad y de medio á fin, á nadie puede oscurecerse que *esta misma* relacion es la de la utilidad, nombre que expresa la cualidad (real y objetiva) del medio y todo medio, como tal, esto es, en cuanto sirve para algo. La cuestion luego estará en decidir, en vista de semejante afirmacion (que dudamos ver rechazada por pensador alguno), si el Derecho es *toda* la relacion de medio á fin ó únicamente *parte* de ella; ó en otros términos, si es la utilidad, en todo su concepto y esfera, ó dice sólo una especie determinada de aquella. En cuyo punto, y refiriéndonos, en parte al sentido del autor, en parte á otras notas (v. gr., pág. 38, nota), puede concluirse: 1.°, que el Derecho no abraza propia, directa é inmediatamente, sino aquellas utilidades que se hallan constituidas por un servicio personal (libre prestacion de un medio), excluyendo, pues, todo otro género de utilidades, v. gr., las que presta la Naturaleza por sí misma; 2.°, que, en virtud de los servicios ó prestaciones, único objeto y contenido *inmediato* del Derecho, se enlaza éste interna y esencialmente á la utilidad toda, la cual, *en cuanto* y hasta donde puede incorporarse á un acto libre, entra en el Derecho tambien, *mediatamente*, á saber: mediante este acto. Lo cual equivale á afirmar que el Derecho es una esfera de la utilidad, orgánicamente enlazada con el todo de ésta. Desenvolviendo este principio, puede hacerse justicia al par á la tendencia utilitaria, que con razon pretende ver en la utilidad un criterio de la vida y conducta racional humana; y á la ascética ó moralista, en cuanto condena con no menor razon que este criterio se tome de la opinion y placer del sujeto. Aquí necesitamos limitarnos á estas indicaciones sobre un problema que espera todavia indagacion y desarrollo rigorosos en la literatura científica de nuestro tiempo.—(*N. T.*)

(1) SAVIGNY, *Sistema del derecho romano actual* (*Syst. des heut. röm. Rechts*), t. I, pág. 23.

que subsiste por sí»: porque no podemos concebir, dice, «las diversas comuniones cristianas, sino como coordenadas al lado del Estado, aunque en múltiples é íntimas relaciones con él.» Indica, ciertamente, con esto una verdad importante, pero que no determina con suficiente precision, á saber: que la Iglesia, en cuanto institucion social ético-religiosa, es distinta del Estado; mas no porque sea meramente, segun él pretende, un órden *jurídico* subsistente por sí mismo; sino un órden de relaciones de la vida que sólo *bajo un aspecto* puede corresponder al Derecho y al Estado. Mas este aspecto jurídico ha de regularse, en parte y en cuanto concierne á relaciones exclusivamente propias, es decir, interiores, por la Iglesia misma, autonómicamente, en su derecho interno; en parte, y en lo que se refiere á las relaciones orgánicas entre esta institucion y el Estado, ha de determinarse en el derecho *público* (exterior) eclesiástico. La opinion de Savigny se ha originado principalmente de que, habiéndose hecho hasta hoy por lo comun sólo aquella division formal, un pensador que penetrase más profundamente en este asunto, al tratar una esfera tan importante como el órden religioso y eclesiástico, debia necesariamente caer en aquella duda, que sólo puede resolverse, estableciendo, ante todo, la division material, segun las relaciones esenciales de la vida (1).

(1) La concepcion del derecho privado y el público por Stahl (*F. del D.*, pág. 238), concuerda en lo esencial con la de Savigny, de la que sólo se distingue porque aquel indica al Estado y la Iglesia "como relaciones de derecho público." Opina que la Iglesia sólo de una manera relativa, para el hombre que no cree en ella y para el Estado que no la reconoce, aparece como cosa meramente privada; pero en sí misma y para los que comparten su fé, es siempre y necesariamente una institucion pública. Mas aquí responde Stahl con otro concepto enteramente que el que Savigny buscaba. Así como hay que distinguir en absoluto entre relaciones de la *vida* pública y de *derecho* público, así tambien entre instituciones públicas é instituciones de derecho público. El culto eclesiástico es una relacion de la comuni-

Nace de aquí la division *material* del Derecho, que pasamos á considerar; pudiendo fijar con este motivo los conceptos, todavia vacilantes, de las ciencias y el derecho sociales, y de las ciencias y el derecho políticos.

El fin de la vida es en sí uno, y consiste en la perfeccion del hombre y la sociedad humana, en todas las esferas del bien, como humano-divino. Pero este fin, la experiencia no lo muestra en obra alguna social, sino que debe ser el superior principio directivo de toda manifestacion individual y comun: el verdadero cánon de la *humanizacion*, la cual exige que todo lo divino-humano sea reconocido moral y jurídicamente en cada hombre; que sirva de criterio, norma y justo límite á todo fin especial; en suma, que con severa conciencia, guíe toda nuestra vida.

---

dad, pero que sólo bajo un aspecto es de derecho público, á saber: en cuanto el Estado ha de prestar la condicion esencial de su proteccion. La Iglesia abraza, por tanto, un todo de relaciones biológicas religiosas de la comunidad, las cuales, en este concepto, en nada pertenecen al derecho público, y sólo pueden ser reguladas por éste en un aspecto. El sentido interno de la opinion de Savigny no ha sido, pues, entendido por Stahl: lo que es tanto más de admirar en él, cuanto que en otra ocasion distingue con más exactitud que Savigny entre las relaciones biológicas y las meramente jurídicas, y ha hecho resaltar especialmente contra Puchta (que en el fondo ha retrocedido al punto de vista subjetivo) "cómo la determinacion de las relaciones de la vida constituye el principio de donde los preceptos jurídicos dimanan." Verdad es que Stahl se incapacitó para penetrar más allá del formalismo de la division: de una parte, por considerar las relaciones de la vida sólo como bases *de hecho*, que deben *someterse* al Derecho, siendo así que han de concebirse tambien *idealmente*, segun superiores exigencias éticas, y que, como tales relaciones de contenido ético, son *superiores* al Derecho, y constituyen el determinante de éste; y de otra parte, por haber permanecido adicto á la mera generalidad formal y abstracta de dichas relaciones, cuando sus diversas especies, engendradas por la materia y *contenido* de los fines capitales de la vida, dan necesariamente tambien el principio de division para el Derecho.

Los fines *particulares* en él contenidos y que se ofrecen tanto á la actividad individual como á la social, son los ya (1) enumerados de la *religion*, la *ciencia*, el *bello arte*, el *útil* (industria, en el más ámplio sentido, esto es, agricultura, manufactura, comercio, ó sea el arte de los bienes económicos), la *educacion* y la *enseñanza*, la *moralidad* y el *Derecho*. La realizacion de estos fines forma los principales *bienes* de la vida, la *prosperidad* y bienestar éticos (religiosos, intelectuales, morales, materiales y jurídico-políticos) de la Humanidad.

A ellos, en cuanto son perseguidos *socialmente*, se refieren otras tantas ciencias *sociales*, á su vez contenidas en la total ciencia de la sociedad humana. Hay, pues, ciencia de la sociedad religiosa ó Iglesia, en todas las relaciones de su vida; ciencias de la moralidad social, de las instituciones consagradas á la ciencia, al arte, á la educacion y á la enseñanza, de la vida social económica (la Economía nacional), ciencia del órden jurídico y político: á cada una de las cuales toca deducir, de la naturaleza de su objeto y fin, los principios que deben regir la accion social. Entre ellas hemos hallado, como una de sus ramas tan sólo, la Ciencia del Derecho y el Estado, la cual no es lícito, pues, identificar con las demás ciencias sociales, fundadas respectivamente sobre sus peculiares y específicos principios, que aquella no nos puede enseñar. Así, la Economía es una ciencia social (2), no polí-

(1) V. pág. 31, etc.

(2) Aun esta determinacion es todavia demasiado estrecha: porque hay tambien una relacion y vida económica del individuo, como hay una relacion y vida jurídica social. Las más de las hoy llamadas «ciencias sociales» no pueden de modo alguno reducirse á ese límite. La constitucion de este grupo de ciencias señala ciertamente un progreso, mediante el cual, además de otros bienes, se han logrado emancipar del Estado y su ciencia otros órdenes de la vida; pero este grado es ya insuficiente (por más que el autor se haya detenido en él) y

tica (contra lo que hoy todavia se presume), por cuanto la produccion, distribucion y consumo de los bienes reales siguen otros principios y leyes más generales que los que cabe hallar en el conocimiento del Estado. Lo mismo exactamente la acontece con la Iglesia, vida moral, etc.

Así como cada fin social tiene un aspecto jurídico, lo tiene tambien cada una de las ciencias que á estos fines se refieren, y en él se encierran las condiciones necesarias para el cumplimiento de su objeto. De aquí se engendra el derecho *social*, que, siendo en sí uno, en razon de la unidad del destino humano, se divide luego en derecho social para la religion, la moralidad, la ciencia, el arte, la enseñanza y la educacion, el órden económico, y el jurídico ó Estado (derecho político). El derecho social suele llamarse *público*, por referirse á la organizacion é instituciones sociales para los objetos fundamentales indicados. Así hay un derecho público para cada uno de ellos, incluso para el Estado mismo: siendo, pues, esta última esfera, conforme se ha reconocido en los tiempos modernos, una rama no más del derecho público todo: rama que desenvuelve únicamente las condiciones para la subsistencia y desarrollo del Estado, como institucion social de Derecho, en tanto que el derecho público general concierne al mútuo vínculo de condicionalidad que todas las instituciones sociales mantienen entre sí y—en uno de sus aspectos—con el mismo Estado tambien.

Definidos ya los conceptos que acabamos de exponer y

debe ceder á una concepcion más ámplia. Hay, sin duda, ciencias propiamente *sociales*, v. gr., la Etnología, la Historia de la Humanidad, la Geografía mercantil, la Ciencia militar, la del Derecho internacional, etc., y ante todo la Sociología (Antropología social); pero las que hoy suelen así denominarse (la Economía, la del Derecho y el Estado, aun la misma Pedagogia, etc.) no lo son, pues no contienen funciones *meramente* sociales, sino relaciones totales de la vida: y así podrian llamarse más bien "ciencias biológicas."—(*N. T.*)

que todavia hoy se hallan frecuentemente oscurecidos, entremos en la division *completa* del Derecho, en la cual deben por necesidad combinarse á un tiempo el principio material y el *formal:* ya que en cada fin de la vida han de ordenarse jurídicamente, tanto la libre *espontaneidad* de las personas particulares (físicas y morales), dentro de su propia esfera interna (privada) de accion, cuanto las *relaciones* orgánicas que la institucion social permanentemente consagrada á dicho fin sostiene con las demás instituciones y en especial con el Estado. Dicho régimen se cumple, en parte, mediante la autonomía privada, en parte mediante la organizacion pública; y esto, á su vez, ya por la accion comun de cada institucion y el Estado, ya, cuando y hasta donde es posible, por el Estado únicamente: á cuya inspeccion y proteccion, sin embargo, como órden jurídico, queda siempre subordinado tal régimen, en lo privado como en lo público.

Combinando así ambos capítulos de distincion, resulta la siguiente division completa del Derecho, y por tanto, de su Ciencia, al propio tiempo que de las Ciencias social y política.

I. El *derecho de humanidad*, por cuya expresion ha de entenderse aquí no el Derecho *de la* Humanidad toda, sino el de proseguir los fines puramente humanos, aún no ha sido científicamente expuesto, por ser insuficientemente conocidos dichos fines, en su variedad, como en su unidad fundamental. Mas la época moderna ofrece en muchas direcciones una aspiracion superior humanitaria, por haberse llegado á comprender con mayor claridad que es menester que el hombre se aplique á ser hombre reformando, re-educando y elevando *todo* su sér. Señales de ello son la verdadera beneficencia, la correccion de los delincuentes, etc., que no atienden ya á fortalecer un solo elemento de nuestra naturaleza, aunque sea el más importante, á saber, el religioso, sino á abrazar y mejorar al hombre *por entero*, y que muestran cómo

el verdadero amor á la Humanidad, la verdadera filantropía, profundamente arraigada en el amor de Dios y las cosas divinas, es nuestro auxilio y nuestra fuerza regeneradora. Esta superior tendencia no se ha expresado aún sino en gérmenes harto incipientes para poder consentir todavia en esta esfera la exacta distincion entre lo privado y lo público.

II. El *derecho de la religion y la Iglesia* es el todo orgánico de las condiciones esenciales para el cumplimiento de este fin en la vida de los indivíduos y de las comuniones al efecto establecidas.

*A)* El derecho *privado*, ó más bien, *interior*, de esta esfera desenvuelve las condiciones bajo que, ya el *indivíduo* produce su vida religiosa por sí y en relacion temporal con los demás, ya las diversas *sociedades* religiosas, permanentemente organizadas (Iglesias), como personas morales autonómicas, pueden regular sus relaciones internas en el *dogma*, en el *culto*, en la *disciplina* y en lo tocante al *patrimonio* ó haber social (corporativo).

Usualmente se entiende por derecho privado de religion sólo el de los indivíduos, que comprende especialmente el culto doméstico, la educacion religiosa en el seno de la familia, así como la oracion en comun con otros indivíduos de la misma creencia; pero éste debe más bien llamarse derecho *interior* de los indivíduos, familias y asociaciones transitorias, por cuanto se refiere á relaciones internas de su vida. Supremamente, la sociedad religiosa organizada á perpetuidad y en consecuencia reconocida por el Estado (la cual se denomina simplemente Iglesia (1) cuando es cristiana)

(1) Sobre una nueva reduccion hecha por *Jacobson* de la palabra alemana *Kirche* (Iglesia) á το κυριακον, *dominicum*, y por tanto á κυριος y de las palabras correspondientes en las lenguas neo-latinas *église*, *iglesia*, *chiesa*, *egreja*, etc., á εκκλησια (de εκκαλεω), comunidad llamada ó elegida, v. RICHTER, *Tratado del derecho eclesiástico*

posee tambien su derecho interior, que establece jurídicamente la condicion y relaciones de todos sus miembros entre sí y con la autoridad comun, en las obras esenciales de la vida religiosa.

*B)* El derecho *público* (exterior) de la religion y la Iglesia regula las relaciones de ésta con el Estado y con todas las demás instituciones sociales, determinando las condiciones de su coexistencia, accion y auxilio recíprocos, y especialmente las que, por una parte, ha de prestar el Estado á la Iglesia para que pueda llenar su fin, así como las que á su vez debe cumplir ésta para ayudar al de aquel, fijando los límites respectivos de cada una de estas instituciones y su orgánica y mútua cooperacion.

III. El derecho tocante á la *moralidad*, esfera tambien muy importante bajo el aspecto jurídico, se halla hoy ménos desarrollado todavia.

*A)* En el órden *privado*, determina este derecho las condiciones bajo que puede vivir conforme á *sus* convicciones morales, el indivíduo en sí mismo, en la familia ó en sus rela-

---

*de los católicos y los protestantes (Lehrbuch des Kirchenrechts des Catholiken und Protestanten)*, 4.ª ed., 1857, pág. 2.—Richter define el derecho eclesiástico como la suma de reglas por que se determinan las relaciones jurídicas de la Iglesia como un todo y de los fieles como sus miembros. Rechaza la division del derecho eclesiástico en privado y público, como inexacta, considerándolo con Stahl como todo él público: en lo cual, ó se prescinde de derechos religiosos esenciales de los indivíduos, como el culto doméstico, etc., ó no se los considera acertadamente como propios, esto es, como privados. Por el contrario, distingue, por su objeto (ó más bien por las relaciones, pues que un mismo objeto puede presentarse en varias), entre derecho eclesiástico *interno* y *externo*, segun que ordena la conducta de la Iglesia en sí misma ó sus relaciones con el Estado y las demás comuniones. Richter nota acertadamente tambien que el derecho de toda Iglesia, incluso la católica, aunque tiene la unidad por principio, se ha desenvuelto sobre esa base general de diverso modo, segun las *condiciones* de vida de los pueblos que á ella pertenecen.

ciones temporales, así como constituirse permanentemente y obrar toda sociedad consagrada á un fin de esta clase.

Parece quizá que la moralidad del indivíduo en su vida personal incumbe puramente á su conciencia, que es, como suele decirse, cosa íntima suya, en la cual nada debe intervenir el Derecho; pero al hombre, aun en su conducta moral consigo propio, no le es lícito obrar absolutamente á su albedrío, que ha de hallar justos límites, v. gr., en lo que toca al suicidio frustrado y su tentativa, no ménos que á la prodigalidad inmoral de su fortuna. En las mismas relaciones de familia, pueden ocurrir inmoralidades que exijan una intervencion jurídica (1).

*B)* El derecho *público* de este órden establece las relaciones de la moralidad y sus institutos con el Estado y los demás organismos sociales, y desenvuelve las condiciones que deben prestarse mútuamente, así para impedir la inmoralidad, como para proteger la moralidad de una manera positiva y para mantener sanos principios generales en todas las esferas de la vida social. De aquí, se exige una verdadera organizacion social de este fin.

IV. Ménos desenvuelto aún se halla el derecho de la *ciencia* y el *arte.*

*A)* En el órden *privado*, fija este derecho las condiciones bajo que puede educarse y ejercitarse en este fin el indivíduo, ya aislado, ya en asociaciones temporales, y formarse y organizarse sociedades perpétuas al efecto.

*B)* En el órden *público,* regula las relaciones entre esta es-

(1) La objecion posible de que dichas acciones inmorales, para permitir una intervencion jurídica, necesitan ser exteriormente cognoscibles, cesando entonces ya de pertenecer á la esfera de la vida privada, descansaria en una falsa idea del derecho privado y suprimiria todo el derecho civil, que supone siempre actos exteriormente cognoscibles.

fera y el Estado y fija las condiciones que debe llenar éste para defenderla (v. gr., por respecto á la propiedad literaria y artística) y para proteger las corporaciones consagradas á estos fines (Academias científicas, sociedades artísticas, etcétera); así como las que él por su parte ha de exigir, por ejemplo, á las publicaciones, á los periódicos, etc.

V. El derecho de la *educacion* y la *enseñanza*.

*A)* En lo *privado*, desenvuelve las condiciones bajo que los indivíduos pueden instruirse y formarse á sí propios, y las familias á sus miembros; igualmente que aquellas, conforme á las cuales debe permitirse á los primeros el ejercicio del ministerio de la educacion y la enseñanza y autorizarse la fundacion de instituciones permanentes dedicadas á estos objetos.

*B)* En lo *público*, fija las relaciones entre el Estado y las instituciones referidas, las condiciones que ha de cumplir para la formacion y conservacion de éstas y lo que ellas y sus miembros deben poner de su parte para el mantenimiento y progreso de aquel y de todo el órden social.

VI. Derecho del fin *económico*.

En este punto, deben ante todo hacerse ciertas distinciones, hasta hoy insuficientemente presentadas en la ciencia, y determinar al efecto los conceptos con alguna mayor precision.

Entiéndense por bienes materiales ó bienes de fortuna, á diferencia de otros no ménos importantes, como la religion, la moralidad, la ciencia, el Derecho, sólo aquellos que, incorporados objetivamente en un *material exterior*, son en calidad de tales susceptibles de *comercio* (1). La actividad *causal*,

(1) En más justos límites, como ciencia de los bienes *económicos*, por oposicion á los que no se hallan en el mercado (que no se compran por dinero), concibe tambien Roscher la ciencia de la Economía nacional en su *Sistema de Economía nacional* (*System der Volkswirths-*

dirigida á obtener estos bienes, se llama *produccion* (1), y debe, pues, distinguirse de la que se consagra á alcanzar los demás y que no por ello es ménos creadora y fecunda. Hay, por tanto, clases productoras en la sociedad, que no pue-

---

*chaft*), tomo I, §. 2.° Ningun progreso han realizado aquellos modernos escritores, que, al pretender ampliar la esfera de esta ciencia, extendiéndola á toda produccion y á los llamados bienes *internos*, logran sólo de esta suerte confundir esferas diversas, aunque en mútua relacion. Tampoco aquí, como en tantas otras esferas, se ha hecho la necesaria distincion entre el objeto ó fin inmediato y el mediato de una actividad y ciencia.

(1) Ahrens sigue en esto una terminología vaga é impropia, aunque corriente. La actividad consagrada á la obtencion de los bienes económicos es una rama de la actividad general productora, de la "produccion": por donde su designacion con esta palabra, que significa tambien la obtencion de *toda* clase de bienes, resulta equívoca. El verdadero nombre de la produccion *económica* deberia ser "industria": voz que, si es cierto que en el uso comun se aplica por igual, ya á la produccion económica en general, ya á la manufacturera, ya á ésta y la agrícola, etc., es sólo *con error* (aunque error explicable por causas históricas), y debe reservarse para la primera de estas acepciones, segun por otra parte indican todos aquellos economistas que, con indiscutible acierto, han intentado establecer el aspecto económico de todo fin social, ó en otros términos, el carácter industrial de toda profesion (en una tan solo de sus relaciones, se entiende). Este exacto sentido ha engendrado la inclusion en las más de las clasificaciones modernas de las industrias comprendidas v. gr., bajo la denominacion de "morales", "antropológicas", "inmateriales", "espirituales", etc. Tan luego como la práctica de un fin social se constituye en fuente de propiedad, entra de lleno (bajo este respecto) en la esfera económica, y reviste un carácter industrial, que en verdad nada ménos que degrada ni mengua la dignidad de aquella funcion, por elevada que sea su gerarquía: pues *dignus est operarius mercede sua*. A este movimiento obedeceria la adopcion del nombre "industria" para designar la produccion económica, como tal, en general, en todos sus grados y esferas: "la industria del comerciante, del fabricante, del profesor, del sacerdote, del artesano, del criado, del funcionario del Estado, del agricultor, etc."

A las preocupaciones espiritualistas y románticas, que dificultan la universal difusion de estos sanos principios, ayuda grandemente otra, no ménos extendida entre muchos pensadores adictos á las nue-

den contarse directa é inmediatamente entre las productoras de bienes materiales, por más que, tan luego como su actividad se manifiesta en obras exteriores (v. gr., en producciones literarias), entran *tambien* en dicha esfera. Sin em-

vas ideas, á saber: que el fin económico constituye el único de la agricultura, la manufactura y el comercio. "En buen hora—viene á decirse—que todo fin y toda funcion social tengan un aspecto económico; pero lo principal en ellos es otra cosa: hasta el punto de que cuando este aspecto es considerado como el fundamental, ó en otros términos, cuando se elige y ejerce una de esas funciones sin tener en cuenta más que su retribucion social, como medio de adquirir bienes de fortuna, la funcion se envilece y degrada. En el comercio, en las artes agrícolas, en las fabriles, que son los tres órdenes propia y directamente económicos, nada más justo, por el contrario, que hacer de dicha consideracion el objetivo de nuestra actividad."—Pero esta afirmacion se funda sólo en el hecho histórico de que, *hoy por hoy*, la gran mayoría (no la totalidad) de los labradores, los fabricantes y artesanos, los obreros, los comerciantes, no han llegado aún á la clara conciencia de la dignidad y valor real de su funcion en la vida, ó sea del bien objetivo y elevado que por ella se cumple, reduciéndose á estimarlas, cuando más, como una fuente de "la riqueza pública." Ahora bien, nada autoriza á tomar este *hecho* como un *principio*. El comerciante que elige y practica su profesion, ya única, ya principalmente, por el lucro que le ha de reportar, procede absolutamente de la misma manera que aquel funcionario del Estado que pretende y desempeña su oficio por iguales motivos, ó que el obrero, oscuro colaborador quizá de una creacion de arte, cuya realizacion no le interesa; sólo que no tiene tanta disculpa como éste, cuya condicion inferior le priva de la luz y guia que con sus medios ha debido procurarse el primero. Dia llegará en que así se estimará universalmente; y ya algunos pensadores (v. gr., Azcárate, Adam Müller, y en parte —aunque poco—otros economistas de la escuela teológica) han entrevisto que la ganancia, el elemento industrial, no puede ni debe ser por sí el contenido sustantivo, el fin primero, el objetivo de la produccion: con lo que implícitamente se niega la existencia de profesiones *puramente* económicas ("agricultura, industria y comercio", segun la clasificacion vulgar). Pero dista harto la sociedad presente de haber llegado á alcanzar en las profesiones así designadas la clara conciencia del fin que, independientemente de la retribucion, cumplen en la vida, para servicio del destino humano.—(*N. T.*)

bargo, la actividad de estas clases es, *mediatamente,* de la más alta importancia para los bienes materiales, en que tan considerable influjo ejercen la religion, la moralidad, la ciencia, el Derecho.

*Economía* (1) es el conjunto de operaciones referentes á la obtencion (produccion), distribucion y consumo de los bienes materiales. Ahora, en *tres* direcciones puede desenvolverse científicamente y ejercitarse en la práctica la economía, á saber: como ciencia y arte *técnicos;* como ciencia y arte *éticos;* como rama de la Ciencia *jurídica* y *política* (2).

(1) *Wirthschaft,* manejo, administracion, economía (en el sentido de régimen económico): de donde *Wirthschaftlehre,* Ciencia económica, Economía.—(*N. T.*)

(2) Falta á esta definicion, ante todo, unidad de concepto: pues la produccion, distribucion y consumo de los bienes materiales son funciones particulares de la actividad económica, la cual tampoco es el total objeto de la Economía. Este objeto es la *propiedad*, ó en otros términos, la relacion del hombre con la Naturaleza, en cuanto tesoro de bienes y medios para satisfacer nuestras necesidades *físicas*: pues sólo en este respecto, exclusivamente, se constituye la relacion económica. A este concepto, latente en toda la historia de la Economía é indicado quizá por vez primera en los trabajos del malogrado escritor D. José Luis Giner (en varios artículos y en sus *Nociones de Economía),* se vienen inclinando entre nosotros algunos de nuestros profesores y escritores. Entre ellos merecen singular mencion los Sres. Azcárate *(Estudios económicos y sociales)* y Piernas *(Vocabulario de la Economía),* cuyas diferencias no destruyen la unidad de concepcion comun.

En segundo lugar, la clasificacion de los tres aspectos ó direcciones de la Economía es inexacta.—1.° La Ciencia económica es completamente ajena á la Tecnología, sean cualesquiera las relaciones que con ella mantenga: si bien reina todavia frecuente vaguedad en la concepcion de estas relaciones, con la consiguiente confusion entre ambas esferas. Sobre que "arte útil" no significa lo mismo que "industria" ó "arte económico," aunque sea tambien frecuente aquí la identificacion de uno con otro término: identificacion en que, así han caido los economistas y sociólogos, como los estéticos.—2.° El carácter ético es inherente á toda la Ciencia económica, y por tanto incapaz de fundar una Economía *ética*, á distincion de otras llamadas "técnica",

1.° En el primer sentido, es la doctrina de las fuerzas, leyes y funciones que conciernen á su propio objeto (á la primera produccion, á la industria y al comercio), como el todo de las verdaderas artes *útiles*. Esta ciencia técnica no pertenece á la llamada Economía nacional ó pública (y tambien política), que necesita, sin embargo, atender mucho á las relaciones técnico-económicas.

2.° Estas relaciones pueden considerarse tambien desde el punto de vista de su *fin*, de las necesidades humanas que han de satisfacer, de los bienes á que se refieren, *éticamente*, en suma. La Economía *ética* de los bienes materiales, segun que las personas que desempeñan por sí las expresadas funciones son físicas ó morales, se divide en *privada* y *social*. La más importante rama de la última es la Economía *nacional* (1), que considera al pueblo en la unidad de su fortuna ó riqueza pública, y que debe mantenerse en relacion con la Economía *internacional* (2), que constituye la suprema esfera en este órden. La Economía nacional es, pues, rama tambien de la Sociología ética, constituye una ciencia *social* (3). En

---

"jurídica," etc.—3.° En cuanto al último punto, en ningun sentido es la Economía "rama de la Ciencia jurídica y política;" hay ciertamente una Economía verdaderamente *política*, esto es, una Economía del Estado: la llamada "Ciencia financiera" ó "de la Hacienda pública"; como hay tambien un derecho para el fin económico: el derecho de propiedad, en el ámplio sentido de derecho patrimonial, tanto real como de obligaciones (de este género). Pero en ninguno de estos casos es la Economía "rama," es decir, *parte*, "de la Ciencia jurídica y política."—(*N. T.*)

(1) *Volkwirthschaft*, y su ciencia, *Volkwirthschaftlehre*. En punto á las diversas denominaciones de la Economía, véanse los precitados trabajos de los Sres. Azcárate y Piernas.—(*N. T.*)

(2) *Völker-Sachgüterwirthschaft*, literalmente, "Economía de los bienes reales (de cosa, materiales) *inter gentes:* Economía internacional de los bienes materiales."—(*N. T.*)

(3) MOHL, en su artículo sobre *Ciencias sociales* y *Ciencias políticas* (*Gesellschaftwissenschaften und Staatswissenschaften*), publicado

la Economía nacional *reinante,* por una parte se confunden más ó ménos todavia en muchos puntos lo técnico y lo ético ó social, siendo así que lo primero, cuando hay que atender á ello, sólo deberia aparecer como antecedente y en forma de postulados; y por otra parte, el fin ético suele quedar por entero oscurecido. Y sin embargo, este fin, este bien moral de mantener la subsistencia de todos los miembros de la nacion mediante una participacion en los bienes materiales, determinada segun sus *diversas* condiciones de vida y actividad, debiera ser necesariamente el principio capital y director de toda la ciencia indicada.

3.° Para este fin, es menester que todas las relaciones económico-nacionales que se *condicionan* mútuamente, se ordenen de una manera adecuada, ó lo que es igual, *justa:* de aquí, el *derecho económico nacional.* A esto se dirigen las tendencias de la Economía, pero no lo alcanza aún, por falta de claridad respecto de su *fin* ético y del *derecho* (esto es, de las condiciones) bajo que dicho fin ha de alcanzarse. Las doctrinas actuales han comprendido todavia muy poco que, así como el espíritu y lo espiritual están llamados doquiera á dominar y ordenar la Naturaleza, así tambien las leyes y relaciones de ésta, siempre tan importantes y dignas de atencion, deben ordenarse moral y jurídicamente (1) en la Economía

en la *Revista general de la Ciencia política,* de Tubinga (*Zeitschr. für die gesammte Staatsw.*), 1851, págs. 1-71, ha hecho notar con toda claridad en primer término (pág. 14) que la Ciencia económica es una ciencia *social,* y la Administracion económica (Policía económica ó Política económico-nacional) y la Ciencia financiera, ciencias *políticas.*

(1) Ni la Economía, ni la Economía social, ni la nacional (que es una parte de ésta) necesitan para la ordenacion y régimen de sus propias relaciones en la vida otro criterio extraño: ni el principio moral, ni el jurídico, pueden dar la base para este régimen, base que sólo cabe derivar de la naturaleza misma del elemento económico. Cuando, por consiguiente, se pretende, con los economistas, que podríamos llamar

nacional; y esta no se ha elevado hoy del rango de una ciencia casi enteramente *empírica*, que, en verdad, ofrece un cuadro fiel del estado que alcanza este órden de relaciones, y de cómo se producen *por sí*, conforme á las leyes inmanentes en ellas; en suma, dice lo que *es;* mas no lo que moral y jurídicamente *debe* ser. Es más bien una ciencia *fisiológica*, que *ética:* direccion singularmente favorecida por el principio de *libertad*, puesto á la cabeza de esta disciplina, sobre todo desde Adam Smith, y del cual se esperaba que todo lo dirigiria perfectamente y nos procuraria la mejor produccion y reparticion posible de los bienes (1). Pero este principio es tan insuficiente en la Economía como en el Derecho, y necesita limitarse y completarse de igual modo en aquella ciencia que, á consecuencia de las corrientes intelectuales dominan-

---

*heteronómicos*, establecer como límite y correctivo de este órden, ya la religion, ya la moralidad, ya el Derecho, etc.,—sentido al cual parece tambien inclinarse nuestro autor,— se desconoce la sustantividad, la propia dignidad ó independencia de la vida y ciencia económicas, que se bastan á sí mismas para ordenarse y regirse, lejos de necesitar semejante freno. Merced á la unidad y armonía de la vida, ningun principio económico puede ser impío, inmoral ni anti-jurídico; los que lo parezcan, no serán sino verdaderos errores y aberraciones, que *en su propia esfera*, y no mediante ajeno criterio, deben rectificarse.—(*N. T.*)

(1) KNIES, en su *Economía política, desde el punto de vista del método histórico* (*Politische OEconomie vom Standpunkte der historischen Methode*, 1852), dice acertadamente (pág. 207): "Ningun cultivador de la Economía nacional pondrá en duda que el punto esencial en el desarrollo de esta ciencia despues de Smith, debe colocarse en el realzamiento é insistencia de las investigaciones, iniciadas especialmente por Sismondi, sobre la distribucion de los bienes materiales. Mientras las indagaciones se limiten á la cuestion sobre la mayor suma total posible de valores producidos, se tratará evidentemente sólo de magnitudes y conceptos cuantitativos, aritméticos..... Al punto que, por el contrario, se trata de buena distribucion, una idea político-moral penetra en el centro de la teoría."—Mas tampoco la produccion puede apartarse de consideraciones éticas.

tes, se ha desenvuelto en un sentido enteramente paralelo á la Filosofía jurídica y política (1). Y del mismo modo que en ésta el liberalismo abstracto se ha mostrado insuficiente y en parte erróneo, haciendo sentir la necesidad de una concepcion superior y más ámplia del Derecho, tanto la escuela teológica cuanto la histórica y la ética, han comenzado á formarse tambien en la Economía una escuela *teológica* (Ad. Müller, Kraus, Villeneuve de Bargemont), otra *histórica* (en parte Federico List, y especialmente Roscher) y otra *ética* (2), falta todavia de organizacion científica. Esta última, empero, acogiendo todos los elementos esenciales (natural, liberal, religioso, moral y jurídico) y considerándolos todos, así filosófica como históricamente, será en su dia la verdadera escuela de la Economía nacional.

El *derecho* económico-nacional, como rama de ésta y como ciencia ético-social, no ha comenzado aún á formarse, hemos dicho, como esfera *propia* é independiente. Por el contrario, la *Política* económico-nacional ya ha sido convenientemente tratada (ante todo por Rau), como ciencia espe-

(1) Hildebrand, en su *Economía nacional del presente y del porvenir* (*National OEconomie der Gegenwart und Zukunft*, 1849), ha presentado un exacto paralelo entre las teorías de Derecho natural de Locke y las de los fisiócratas, y entre la doctrina jurídica de Kant y el sistema industrial de Adam Smith.

(2) Algunas excelentes indicaciones sobre la tendencia ética ha dado Schüz en su artículo *El elemento moral en la Economía nacional* (*Das sittliche Element in der Volkswirthschaft*) en la *Revista de Ciencia política* de Tubinga, 1844, págs. 132-159.—Todavia ha entrado más en discusion de principios Knies en su *Economía política*, obra que tambien es recomendable como una introduccion y orientacion sobre los primeros principios.—Roscher, en su *Sistema de Economía nacional*, ha elegido principalmente el punto de vista histórico, pero indicando en las doctrinas principales, tanto la importancia del elemento moral en general, cuanto el aspecto empírico é histórico, igualmente importante, de la moralidad (las costumbres) y su influjo en las relaciones económicas.

cial. Pero toda política supone bases *jurídicas*, que hasta hoy carecen de suficiente desarrollo.

La *Ciencia financiera*, con sus dos ramas del Derecho y la Política de la Hacienda, es la teoría de las operaciones é instituciones, mediante que el Estado mismo cuida de sus bienes materiales para conseguir su fin: y es una Ciencia puramente política.

Despues de estas breves consideraciones preliminares, y dejando á un lado la ya indicada division de la Economía en privada y pública, debemos ahora distinguir las esferas capitales de esta última, á saber: la *produccion* (la de las primeras materias, y la manufactura, *industria* en su acepcion más general), la *distribucion*, ó *comercio*, y el *consumo*, segun el punto de vista del derecho público y privado.

*A)* El derecho de la *industria* (ya primera, ya manufacturera), base juntamente de la *Política industrial* (1), abraza:

1) En su esfera *privada*, las condiciones bajo que pueden, los indivíduos, cultivar una clase de produccion (una industria especial) y asociarse entre sí; é igualmente, las sociedades, regular autonómicamente su accion interna;

2) En su esfera *pública*, el gobierno de las relaciones de la produccion toda con el Estado y todas las instituciones sociales; desenvolviendo, por tanto:

*a)* Las condiciones que ha de prestar aquel para promover la creacion de bienes en las diversas industrias, segun la naturaleza de cada una de ellas, problema que debe resolverse por el Estado, en parte mediante *preceptos* generales, positi-

(1) Rau, en toda su *Política de la Economía nacional (Volkswirthschaftpolitik)*, ha hecho consistir con razon la mision de la Política en procurar las *condiciones* que incumben especialmente al poder del Estado, para el fin de promover la produccion y la distribucion. La acertada y exacta designacion de las relaciones ha bastado aquí para conducirle, aunque de una manera inconsciente, á la idea positiva del Derecho, que ha de servir de base á toda Política.

vos y negativos; en parte, y hasta donde depende de él, mediante la *reorganizacion* social de las clases industriales, la reconstitucion de sus *corporaciones* ó gremios libres (1), y el establecimiento de *cámaras* ó diputaciones y de *tribunales* para la agricultura y la industria manufacturera;

*b)* Las condiciones que el Estado, para regular las justas relaciones de la produccion con el consumo y con toda la sociedad, ha de establecer y mantener en las clases productoras.

*B)* El derecho *mercantil*, base de la *Política mercantil* tambien, encierra:

1) En el órden *privado*, las condiciones bajo que puede el indivíduo ejercer el comercio, formando al par sociedades para este fin, investidas de la facultad de gobernarse en el desempeño de sus funciones;

2) En el órden *público*, la determinacion de las relaciones del comercio con el Estado y con la sociedad toda, desenvolviendo:

*a)* Las condiciones que ha de procurar éste para proteger el comercio interior y exterior, por medio de *disposiciones* generales, positivas y negativas, de *instituciones* especiales (mercados, bolsas, leyes monetarias, etc.), así como por la *reorganizacion* social de la *profesion* mercantil, en sus diversas ramas, y por el establecimiento de *juntas* y *tribunales* de comercio;

*b)* Las condiciones que asimismo ha de prestar al comer-

(1) Entre nosotros, el distinguido jurisconsulto Sr. Perez Pujol ha consagrado muy importantes trabajos á esta reconstruccion *libre* de los antiguos gremios, trasformados con un sentido orgánico: véanse entre otros: *La cuestion social*; *La obra de la paz*, etc. A igual tendencia obedecen sus estudios sobre la reforma electoral, en que aboga en pró del sufragio corporativo, por gremios y clases. (*Revista de España*, 1877.)—(*N. T.*)

cio y sus órganos para asegurar sus debidas relaciones con la sociedad.

*C)* El derecho referente al *consumo* (fundamento de su *Política* correspondiente) se halla ménos desarrollado todavia y se divide igualmente en *privado* y *público:* por cuanto, de una parte, aun el consumo privado está sometido á ciertas reglas; y de otra, el Estado necesita prestar las condiciones de un consumo bueno y moral, mediante instituciones contra la disipacion, evitando las ocasiones y tentaciones de prodigalidad, favoreciendo el ahorro, por el establecimiento de cajas, y especialmente protegiendo las sociedades de templanza (1).

VII. Pero el *Derecho* mismo, en sí y por sí, tambien ha de dividirse segun los dos aspectos, privado y público. Siendo, en efecto, un fin relativamente sustantivo de la vida, y debiendo, por tanto, considerársele como tal, prescinde esta division de aquella conexion con los demás fines, religioso, moral, etc., que determina las anteriores divisiones. Cierto que el sistema orgánico del Derecho comprende tambien estas relaciones, en parte privadas, en parte públicas, de todas las esferas de cultura; pero abraza al par las *meramente* jurídicas de los indivíduos y del Estado. Aparecen, con efecto, los primeros, en sus propiedades generales, como miembros iguales del segundo *(ciudadanos)*, abstraccion hecha de sus diversas clases y condiciones (eclesiástica, científica, industrial, etc.): de aquí resulta el derecho *civil*, que puede tambien llamarse «derecho general privado», ó «civil general», por oposicion al de las diferentes clases particulares. A su vez, tambien se muestra el Estado puramente *en sí mismo*, como institucion jurídica, prescindiendo de sus relaciones públicas

(1) V. tambien sobre esto á RAU, o. c., y especialmente á MOHL, *Ciencia de la Policía* (*Polizei-Wissenschaft.*)

á las restantes esferas; y de aquí nace el derecho *político*, como *rama* del derecho público.

*A)* El derecho *civil* desarrolla las condiciones generales bajo que los indivíduos, en cuanto miembros iguales de un Estado, ó sea en cuanto ciudadanos, pueden mantener, contraer y disolver relaciones jurídicas *generales*, idénticas para todos, tocante á sus *personas*, *bienes* y *familia*, sin atender, pues, á la clase especial á que pertenezcan, celebrando contratos en la segunda de estas esferas.

1) El derecho *general* (1) *de las personas* establece las relaciones que corresponden á sus circunstancias personales y comunes (edad, sexo, parentesco, sanidad de espíritu y cuerpo), así como á las principales especies de personas, físicas y morales.

2) El derecho de *bienes*, que expone el todo de relaciones mediante que se determina el poder de una persona, ya sobre ciertas cosas, ya sobre actos ajenos, se divide, segun estos dos objetos, en

*a)* Derecho tocante á las *cosas* (derecho *real)*, que expresa el de una persona sobre objetos de la Naturaleza no libre y desenvuelve las condiciones bajo que la *propiedad*, esto es, el poder *pleno* de una persona sobre una cosa, y los derechos particulares *reales*, que dan á una persona un poder *limitado* sobre una cosa (ajena), nacen, se conservan y terminan en su disposicion y aprovechamiento;

*b)* Derecho de *obligaciones*, que establece las condiciones bajo que una persona posee una pretension á ciertos *actos* de otras, ora consistan estos actos en la entrega de una cosa, ora en prestaciones personales (servicios).

(1) Todo derecho es derecho de personas, por lo cual no se puede dividir el Derecho en personal y real, ó de cosas, sino en derecho *general* de las personas y derecho *particular* de bienes, concerniente siempre á aquellas.

Si el derecho real de una persona representa lo *suyo*, esto es, la relacion inmediata y *permanente* de aquella á una cosa, y puede como tal hacerse valer *contra cualquiera*, refiérese el derecho de obligaciones al contínuo *cambio* de las relaciones jurídicas, regulando de esta suerte su concierto por medio del comercio de la vida.

Las obligaciones, á su vez, son:

*α)* Obligaciones de negocios ó negocios jurídicos;

*aa)* Obligaciones contractuales (unilaterales ó bilaterales.)

*bb)* Obligaciones sin contrato.

*β)* Obligaciones por delito.

*γ)* Obligaciones de estado, que sin acto alguno, que sirva de razon de obligar, proceden de situaciones y relaciones especiales entre los hombres.

3) El derecho de familia considera al hombre como miembro de la más íntima comunidad ética en la vida, y abraza el derecho de *matrimonio*, así *personal* como *real*, el derecho de *pátria potestad*, la *tutela* y el derecho de *herencia*.

*B)* El derecho *político*, como el todo de las determinacioque rigen las mútuas relaciones entre la comunidad social y sus miembros, se divide principalmente en

1) Derecho *constitucional*, que desenvuelve las condiciones de una Constitucion adecuada á todas las circunstancias de la vida de un pueblo; subdivídese en

*a)* Material, que determina los derechos generales correspondientes á cada *miembro* del organismo político: á los indivíduos, municipios, provincias, al poder central;

*b)* Formal, que fija la unidad y *organizacion* del poder del Estado y las reglas permanentes para el ejercicio de todos los poderes particulares en él contenidos.

2) Derecho *administrativo*, que señala las condiciones

para el ejercicio del poder total del Estado. Se subdivide en derecho

*a)* Del poder *gubernamental;*

*b)* Del *legislativo;*

*c)* Del *ejecutivo;* debiendo las dos últimas ramas mantenerse en orgánica relacion con la primera.

El poder ejecutivo, ó *administracion* en sentido estricto, se subdivide ulteriormente segun el doble fin, directo é indirecto, del Estado, en Administracion de *justicia* y Administracion del *bienestar* y *prosperidad* (1) públicos, jurídicamente ordenados (Administracion, por antonomasia.)

*a)* La Administracion de *justicia* es á su vez:

*α)* Justicia *reparadora* (referente á la perturbacion *cometida* del Derecho), que puede ser *civil* y *criminal,* segun que se trata de una injusticia hipotética (2), sobre cuya existencia se discute, ó de una injusticia de las llamadas *absolutas,* esto es, cierta en todas circunstancias y universalmente reconocida, á la vez que *perjudicial* para *todo* el órden jurídico.

---

(1) *Wohlverwaltung*: Administracion de la utilidad, del bien, de la felicidad.—(*N. T.*)

(2) Véase lo dicho á este respecto en varios lugares, especialmente en la pág. 166, así en el texto como en la nota 2.—En el primero ofrece el autor ciertamente *otra* característica de la diferencia entre la perturbacion civil y la criminal: pues de concebir aquella como versando sobre "cuestiones que sólo atañen al interés privado" á definirla como "injusticia hipotética, cuya existencia se discute," media, en verdad, un abismo imposible de colmar. No hay que decir que, si la primera indicacion es insuficiente, esta última es de todo punto errónea. Ni en la perturbacion civil hay injusticia alguna (cuya manifestacion al punto engendraria una perturbacion criminal enlazada con aquella, v. gr., en caso de fraude, mala fé, temeridad, etc.), ni se discute en ella la existencia de dicha injusticia: lo cual, por otra parte, acontece en el procedimiento criminal, y de consiguiente tampoco seria bastante para distinguir una de otra esfera. Lo único que se discute en el asunto civil es cuál de las opuestas pretensiones alegadas por las partes tiene á su favor el Derecho y cuál se funda, por el contrario, en un error. Ó, en otros términos: se trata de decidir un estado de derecho *incierto,* y sub-

β) Justicia de asuntos *no-contenciosos*, que mira al presente y mediante la cual se establecen y aseguran ciertas relaciones jurídicas, ora preventivamente y *de oficio* (en las sucesiones, tutela, etc.), ora á instancia de las partes que voluntariamente las contrajeron (jurisdiccion propiamente *voluntaria.)*

γ) Justicia *preventiva* ó *policía*, que se dirige al porvenir (1) y mediante la cual deben precaverse *directamente* las perturbaciones *posibles* del Derecho y del bien público, nacidas de la *voluntad* injusta.

*b)* La Administracion jurídica del *bien público* se divide, segun los fines capitales de la vida (religion, ciencia, arte, enseñanza, industria, etc.) en diversas esferas, cuya suprema direccion pertenece á los *Ministerios* correspondientes.—La unidad de la gestion del Estado en el *exterior* está representada por el Ministerio de Negocios *extranjeros*, y en el *interior* por el del *Interior*, cuya posicion en el organismo político y cuyas relaciones con los restantes ya se ha determinado por principios en la teoría del Estado (pág. 164 etc.)

*C)* Pero los Estados sustantivos, independientes, *soberanos*, se hallan tambien entre sí en relacion jurídica, merced á la tradicion, usos y tratados. El conjunto de las normas de estas relaciones constituye el derecho *internacional*, llamado asimismo derecho exterior de los Estados, *jus gentium, droit des gens;* y se divide tambien en

---

jetivamente, de desvanecer una duda ó un error; no de reparar una *injusticia*, nombre á que sin razon se pretende á veces quitar la significacion de *delito*, reservando éste para *una* especie de injusticia: ¡como si pudiese haber injusticia sin intencion dañada, y vice-versa! Por cierto que esta vaguedad é indefinicion en el concepto de la injusticia trae consigo en el derecho público las más deplorables y graves consecuencias.—(*N. T.*)

(1) Los tres tiempos, pasado, presente y futuro, no son ciertamente la primera y principal nota característica para distinguir las tres especies de Administracion de justicia; pero sí constituyen un elemento natural de la division.

1) *Público* (derecho internacional, por antonomasia), que abraza las reglas concernientes á las mútuas relaciones de los Estados, como personas morales, para su coexistencia y recíproco trato.

2) *Privado,* cuya importancia no se ha reconocido hasta los tiempos modernos, que lo han constituído en una ciencia propia (1), y comprende aquellos principios que regulan las relaciones jurídicas entre los ciudadanos ó particulares de un Estado con otro ó sus ciudadanos, y mediante los cuales se establecen las condiciones bajo que los indivíduos del uno pueden adquirir y perseguir ó reclamar derechos en el otro, dentro de las diversas esferas privadas.

Tal es la division orgánica, *material-formal,* de la Ciencia jurídica y política.

Pero todas las ramas de esta ciencia, como ya hemos indicado con repeticion, pueden y deben ser consideradas desde un triple punto de vista, á saber: el puramente *filosófico,* ideal ó racional; el *empírico,* histórico, estadístico y práctico-positivo, y el *empírico-racional,* que en la Ciencia del Derecho y el Estado es el *político.*

1) La consideracion *filosófica* ó racional de una esfera es la de la *idea* que en su fondo radica; y en nuestra ciencia, por tanto, la del fin racional que, en orgánica conexion con el del Derecho y el Estado, se realiza en aquella. Así es que no sólo el derecho privado y el público, en su respectiva unidad total, sino tambien en las diversas partes de cada uno de ellos, son susceptibles de tratarse filosóficamente.

2) Toda esfera puede estudiarse *empíricamente* (en el buen sentido de la palabra, esto es, experimentalmente), aunque jamás sin una idea que la ilumine y guie: estudio que es *histórico,* si se expone en general su gradual desenvolvi-

(1) La principal obra es FOELIX, *Traité de droit international privé.* París, 1843, 2.ª ed., 1846.

miento en la série contínua é interiormente fundada de hechos externos ó internos, sucesos ú opiniones; *estadístico*, cuando se caracteriza un estado fijo en un tiempo presente, en cualquier esfera de la vida humana, lo mismo que en la jurídica y política; *práctico*, presentando lo que actualmente existe como norma valedera para la conducta de los hombres.

3) La exposicion *empírico-racional* indica, segun los principios filosóficos, que sirven de ideas directrices, al par que en vista y de acuerdo con la situacion y circunstancias históricamente producidas y realmente existentes y conocidas, los medios y el camino, merced á los cuales y en constante atencion al fin último, pueden alcanzarse las reformas que más *inmediatamente* interesan. En el órden del Derecho, constituye una ciencia de esta clase, la *Política* (1), cuya mision, por tanto, tiene un carácter intermedio y conciliador entre la idea y la realidad histórica, debiendo garantizar la *continuidad* y las justas *transiciones* del desenvolvimiento jurídico. Tambien la Política se refiere á todas las ramas del derecho público y privado; mas hasta hoy no ha sido concebida con suficiente claridad como ciencia sustantiva, verdaderamente armonizadora de lo filosófico y lo empírico, ni se la ha aplicado á todas las esferas, y ménos que á ninguna, á la privada.

---

(1) Ahrens llama "Política" al arte del Derecho y el Estado, y á la Ciencia de este arte; pero en otras ocasiones llama "político" á lo concerniente al Estado, sea arte, ciencia, etc.—En esta vaguedad se acomoda al uso vulgar reinante que, sin perder una cierta unidad interior, llama "político" ora á lo comun y público, en el sentido en que antes se decia tambien "civil," ora al hombre cortés y guardador de los respetos sociales, ora al hábil y prudente, ora á lo que divide á los partidos ("discusiones políticas"), ora á lo propio del Estado ("poderes políticos"), etc. Ya vendrá lugar más propio para explicar estas indicaciones.—(*N. T.*)

# LIBRO SEGUNDO.

## HISTORIA DEL DERECHO.

---

## SECCION PRIMERA.

### Principios y division de la historia del Derecho.

### CAPÍTULO PRIMERO.

#### PRINCIPIOS GENERALES PARA DETERMINAR EL DESARROLLO DEL DERECHO Y EL ESTADO EN LOS PUEBLOS.

1. El desarrollo de la Humanidad sigue en todas las esferas de cultura ciertas leyes generales que indica la Filosofía de la historia (1) y que aseguran la libertad subjetiva de indivíduos y pueblos en armonía con el órden superior y divino de la vida. La Humanidad se muestra como un organismo total, espiritual y físico, del que razas, pueblos é indivíduos son los órganos activos; mientras que los fines éticos, religion, moralidad, Derecho, ciencia, arte, industria y comercio son las funciones de vida en que aquellos órganos desenvuelven su peculiar carácter y especial tendencia. El desarrollo de

(1) Véase la explicacion filosófica de estas leyes, así como de las edades de la Humanidad, en Krause, *Biología* y *Filosofía de la Historia* (*Lebenlehre und Philosophie der Geschichte*), publicada por Leonhardi: Gotinga, 1847.

estos órganos y funciones de la Humanidad procede segun una triple ley. Al principio, todos los factores corporales y espirituales forman una *unidad* en sí cerrada y todavia no desenvuelta, que predomina largo tiempo, aun despues de haberse iniciado su interior explicacion y desenvolvimiento. En el desarrollo ulterior, nacen *oposiciones*, en parte del contacto de las diferentes razas y tríbus, en parte de las especiales tendencias, entre sí diversamente contrapuestas, que aparecen, tanto en el espíritu comun de los pueblos, como en las diferentes clases de una misma sociedad, al desplegarse necesariamente la division de funciones. Esta época de oposicion produce luchas muy duraderas y graves, incesantemente renovadas. Pero mientras más progresa la manifestacion de esos contrastes entre los pueblos y entre las tendencias de la vida, tanto más se fortalece la aspiracion hácia su *concierto*; si bien, al principio, sólo se revela en uniones necesariamente exteriores, buscando luego una armonía más íntima: hasta que al fin, guiada por una ciencia superior, engendra la conviccion de que, dentro de cada pueblo las diversas tendencias, clases y profesiones que de estas nacen se completan recíprocamente, cual partes y miembros de un todo; como los pueblos mismos están destinados á completarse tambien en union cada vez más íntima y en agrupaciones más y más superiores, para integrar el organismo de todos, en que cada uno prosigue las varias direcciones de la vida, pero bajo un carácter fundamental *predominante*. Esta última época que, como *orgánico-armónica*, ha de ejercer un poder verdaderamente organizador en todos los círculos de la vida, se halla, es muy cierto, todavia confinada en su realizacion á un término lejano; pero su camino ha sido ya abierto en importantes esferas por la aspiracion de los tiempos á componer y suavizar los extremos por medio de principios verdaderamente armónicos.

2. Entre las funciones de la vida de cada pueblo, toca al *Derecho* una importancia práctica culminante; aunque no es sino un lado especial ó particular de esa vida, un *miembro*, tan sólo, de su entero organismo ético. De aquí que ha de considerarse el Derecho en su desarrollo histórico bajo un doble punto de vista: ante todo, debe reconocerse como un *elemento orgánico* de la vida de un pueblo y estimarlo así y contribuir á su perfeccion; al par que, siguiendo leyes generales de desarrollo, recibe todas las influencias esenciales que nacen de esa vida total, benéficas ó dañosas, y refleja todas las fuerzas fundamentales, todas las tendencias, todas las concepciones y direcciones dominantes en la vida: en suma, todo el carácter y temperamento de un pueblo en la esfera jurídica. Pero, de otro lado, debe tambien ser el Derecho una funcion relativamente *sustantiva* de la vida, funcion que tiene como tal su propio génesis, se manifiesta en un órgano central determinado (el Estado) y puede llegar á ser hasta vocacion predominante de un pueblo; así como la oposicion de sus órganos políticos con la vida social, con las costumbres, las necesidades y exigencias de la historia, ora por quedar rezagados respecto de éstas, ora por precederlas más ó ménos, puede preparar en ambos casos crísis sociales. Es, pues, uno de los más importantes problemas el de conocer y establecer la exacta medida de la *recíproca accion* entre el Derecho y la vida toda de un pueblo, en general como en cada época.

3. Análogamente al Derecho ha de concebirse tambien el *Estado*, el organismo jurídico de la sociedad. Cierto, que todavia al Estado, por muchos modos y en contradiccion con su idea y aun con su historia, suele identificársele con la sociedad; siendo así que no tiene que hacer sino *posibilitar*, mediante la prestacion de condiciones, la ejecucion y cumplimiento de todos los fines esenciales de la vida por la

libre actividad de los indivíduos y de las sociedades religiosas, científicas, artísticas, pedagógicas, mercantiles é industriales, que para ellos se forman y organizan; sin tomar directamente á su cargo la realizacion de estos fines. En virtud del mútuo influjo que entre el Estado y todas las esferas de la cultura social existe, puede, no obstante, el poder político impulsar á éstas en un determinado sentido, ordenar las relaciones entre ellas y enlazarlas, organizando, protegiendo y prohibiendo; pero así como la influencia del todo sobre la parte es siempre más poderosa que la inversa, recibe la actividad total del Estado una direccion preponderante del carácter del pueblo, de las fuerzas superiores ó inferiores que en él obran, del fin, más ó ménos comprensivo, que constituye su mision. Derecho y Estado son principalmente sólo formas, que ha de llenar y determinar el contenido ético de la vida de cada nacion. Si este contenido es de inferior calidad; si no está apoyado y promovido por los fines superiores humanos, toca sólo en la historia á un pueblo semejante una existencia puramente pasajera. Pueblos sólo industriales y mercantiles, como los fenicios y cartagineses, han desaparecido, y una existencia todavia más breve han tenido los nómadas y errantes; mientras que aquellos otros de la antigüedad que realizaron una mision superior, científica ó artística, humanitaria, religiosa, moralizadora, como los judíos, los indios, los griegos, aun expulsados de sus comarcas ó mezclados con otros elementos, subsisten todavia y han influido poderosamente en el progreso de la Humanidad. Debe aquí, sin embargo, notarse que precisamente el pueblo romano, el verdadero pueblo del Derecho y de la política en la antigüedad, habia de destruirse merced á este fin, ante todo exterior y formal: porque era su destino crear el cuadro externo político más ámplio, dentro del cual el superior principio de vida traido por el Cristianismo pudiese rápidamente di-

fundirse y dar á los pueblos unidos en el imperio un nuevo asunto y género de vida. El Cristianismo ha prestado á los pueblos que lo han recibido un indeleble carácter; de tal suerte, que no puede aplicárseles ya la analogía tomada de la caida de las antiguas sociedades.

Pero el órden jurídico de esos pueblos puede alejarse más ó ménos del fondo ético de la vida y tomar una direccion principalmente exterior y formalista: peligro á que están sobre todo expuestas aquellas naciones que se han trazado como fin principal el cultivo del órden jurídico y político. Y pues esta aspiracion se ha fortalecido en los tiempos modernos en casi todos los pueblos europeos, porque la vida política habia quedado retrasada en el movimiento social, la tendencia del espíritu ha tomado el ya indicado carácter formalista: mirando en las nuevas formas jurídicas y políticas el remedio de todos los peligros fundamentales de la sociedad y esperando lograr, merced á ellas, un nuevo fondo de salud y de vida. Pero si no es ménos importante que para cada grado de cultura de un pueblo y para el contenido de su actividad se halle y establezca la forma jurídica y política que le corresponde, es con todo un error, que contradice al fin mismo, atribuir á dicha forma una importancia propia y sustantiva, considerándola como cimiento del órden social. Las formas se han mostrado constantemente insostenibles, allí donde no se adaptan á la vida del pueblo, expresando sus tendencias y condiciones totales, espirituales, morales y materiales-económicas. De aquí, el fracaso de tantas aspiraciones formalistas en los tiempos modernos: fracaso que, sin embargo, debe servir para abrir camino á la profunda verdad de que *todo órden jurídico y político recibe su contenido y materia, su fuerza, su direccion y su fin sólo de las fuerzas que el pueblo manifiesta para los bienes éticos de la vida, y á las cuales deben adaptarse y seguir;* y que la reaccion del Derecho y

del Estado no puede servir sino para determinar exactamente y para ordenar y traer á clara conciencia las condiciones producidas por la manifestacion vital de aquel, así como para facilitar y proteger, mediante las formas determinadas segun dichas condiciones, el desarrollo entero de la vida.

4. Derecho y Estado son un órden, no solamente ético, sino tambien *étnico*, esto es, que ha de reflejar en sus órganos y funciones el carácter y génio del *pueblo*. La Humanidad se halla organizada, hasta el último indivíduo, en diversos miembros, entre los cuales, las *nacionalidades* y las *razas* (más extensas aún) son elementos esencialmente determinantes para la vida jurídica y política. Las nacionalidades mayores, nacidas de interiores uniones de razas, se caracterizan por un génio que, inexplicable por nuevas condiciones climáticas y externas, parece ser una disposicion nativa, un dón superior divino para el camino de vida, en el que cada pueblo debe llenar su vocacion histórica. Este carácter nacional se refleja tambien en las formas del derecho público y del privado; pero, lo mismo que el carácter del hombre individual, es determinable y educable mediante superiores influencias morales.

Por lo que á las razas concierne (1), su fundamento, orígen y número no han sido establecidos todavia científica-

(1) Sobre las razas humanas en general, prescindiendo del aspecto jurídico-político, puede verse la obra de PRITCHARD, investigaciones sobre la *Historia física del género humano* (*Researches into the physical history of mankind*, 1837-1841) traducida al aleman por R. Wagner con el título de *Naturgeschichte der menschlichen Geschlecht*: Gotinga, 1840-1842 (*a*); obra riquísima en hechos históricos, pero falta de un principio fundamental de clasificacion. Segun la forma del cráneo y del cuerpo distingue él siete razas: 1.ª, caucási-

(*a*) Traducida al francés por el Dr. F. Roulin, bajo el título de *Histoire naturelle de l'homme*, 2 t. 1843.—A este libro pueden añadirse los trabajos posteriores de Antropología y Etnografía de Darwin, Wallace, Quatrefages, Pouchet, Perty, Broca, Pickering, Waitz, Huxley, Vogt, Wörsae, Nilson, Schaffhausen, Sartorius von Walterhausen, Lubbock, Mortillet, Lartet, Häckel, etc.—(*N. T.*)

mente, por importantes que sean los puntos aclarados en los tiempos modernos por la Fisiología comparada, y, más seguramente aún, por la Filología tambien comparada. La gran diferencia en aptitud jurídico-política de las distintas razas y aun en capacidad para las formas superiores y más orgánicas de la vida del Estado, es incontrovertible; pero en la concepcion de esta diferencia hay que evitar dos descaminos, á saber: de un lado, el de reputar á todas las razas como tales y como igualmente educables en todas las cosas humanas y capaces del mismo desarrollo jurídico-político; de otro lado, considerar esta distincion como una oposicion permanente en el cuerpo y el espíritu, mediante la cual existirian grados infranqueables de cultura en que se hallarian cerrados los esfuerzos y límites del libre desarrollo moral (1).

ca; 2.ª, mongola; 3.ª, americana; 4.ª, hotentote; 5.ª, negra; 6.ª, papú; 7.ª, australiana y alfuru; además de otras que se aproximan sólo á estas clases.—BLUMENBACH admite, como es sabido, cinco razas (caucásica, etiópica, mongólica, americana y malaya), que considera como degeneraciones sólo del tipo caucásico.—Nosotros aquí, siguiendo á CUVIER, HEUSINGER y otros, aceptamos una triple division, en la que debe notarse que las tres razas principales, indicadas en el texto, se presentan de un modo *especial* en cada una de las grandes partes de la tierra (Asia, Africa, América y aun Australia).—Véase tambien BURMEISTER, *Historia de la creacion* (*Geschichte der Schöpfung*), 5.ª edicion, 1852.

(1) Sobre el aspecto jurídico-político de la cuestion de razas y nacionalidades, véase mi *F. del D.*, pág. 377; y más ámpliamente mi *Doctrina orgánica del Estado*, págs. 200-220.—La última obra (anónima—de VOLLGRAFF ?) que trata este asunto, es la titulada: *Primer ensayo de una fundamentacion científica, así de la Etnologia general, mediante la Antropología, como de la Filosofía del Estado y del Derecho, por medio de la Etnologia* (*Erster Versuch einer wissenschaftlichen Begründung sowohl der allgemeinen Ethnologie durch die Anthropologie sowie auch der Staats-und-Rechtsphilosophie durch die Ethnologie*), publicada en tres partes, y de que hoy han visto la luz dos tomos (*a*), Marburgo, 1853-1854. Por su riqueza de observaciones

(*a*) Bagehot, Tylor, Hellwald, Draper, Spencer, son, quizá, los escritores que pueden consultarse últimamente en este punto: el criterio reinante en ellos es el del trasformismo evolutivo y positivista.—(*N. T.*)

Las tres razas capitales más claramente admisibles, los *longirostros* (1) (principalmente, los negros), los *latirostros* (principalmente, los mongoles) y *ovalirostros* (la llamada raza caucásica), no pueden considerarse, sobre todo respecto de su disposicion espiritual, como tres ramas primitivas y coordenadas, que poseen dotes relativamente iguales, sino como tres *grados* de vida en el reino de la Humanidad. Es con efecto evidente que, en las ramas pertenecientes á la llamada raza caucásica (indos, persas, griegos, romanos, germanos, eslavos, etc.), el superior espíritu *racional* ha florecido con los más nobles frutos de la Humanidad y puede producir muchísimos todavia, habiendo formado hasta hoy las civilizaciones políticas más perfectas; mientras que los primeros y más nobles representantes de la raza latirostra, los chinos, no han dado á conocer hasta ahora elevacion ideal, sino tan sólo una tendencia meramente *intelectual* en la religion, la ciencia, el arte y la vida política; y la raza negra, en sus ramas

---

históricas, es muy digno de leerse este libro; pero el sistema del autor, que estima las razas como oposiciones *fijas*, físicas y psíquicas, y considera perjudiciales todo cruzamiento entre los cuatro tipos que admite (determinados con mucha parcialidad por los cuatro temperamentos), yerra en su principio, contradiciendo con frecuencia tambien á los hechos históricos y llegando, por último (t. II, pág. 964), al desconsolador resultado de que "el reino humano actualmente sólo es un campo colosal de ruinas." La obra sólo consigue mostrar á donde cae una ciencia, que, desconociendo el antiguo *mens agitat molem*, prescinde del influjo reformador y reanimador de las fuerzas intelectuales, religiosas y morales en la vida de los pueblos: y aun la hipótesis de un crecimiento y muerte de *toda* nacion, es ya contradicho por el hecho de que hasta hoy no ha perecido un sólo pueblo *cristiano*: por donde radica necesariamente en el Cristianismo un principio más poderoso que las leyes que se muestran en la vida física.

(1) Los nombres de *langgesichtige*, *breitgesichtige* y *ovalgesichtige*, usados por el autor, no parecen tener mejor traduccion que estos neologismos, análogos por lo demás á otros que el uso ya ha autorizado, v. gr., en Historia natural.—(*N. T.*)

actualmente mejor conocidas, parece presa del predominio de la *sensibilidad*, esclava de los apetitos, placeres y pasiones inferiores, caida en servidumbre y sin haber podido alcanzar, aun en sus mejores tribus, ninguna forma política próspera.

Pero estos grados no son de modo alguno tipos permanentes en la historia, que, en su ondulante difusion de la cultura, arroja oleadas de pueblos y razas, unas sobre otras, y con estos diversos elementos, al modo de la química, produce mezclas de muy varia potencia. Cierto que estas mezclas, en las fluctuaciones de los diversos pueblos que se suceden alternativamente, se han verificado sobre todo, hasta donde la historia es conocida, entre las ramas de la raza caucásica, produciendo distintas transiciones y aproximaciones entre estos pueblos; y no una degeneracion, sino una fortificacion, como lo muestra el tantas veces citado ejemplo del mezclado pueblo inglés. Pero si se considera que la difusion de la cultura vuelve hoy á tomar visiblemente el camino hácia Oriente; que, en especial, apenas ha tocado á los países habitados por la raza mongola ó latirostra, y que todavia una gran parte de la tierra, África, habitada principalmente por tribus negras, se halla casi enteramente excluida de la cultura europea, aunque en la region central y más elevada de este continente parece que viven grandes tríbus mucho más educables, se justifica, sin duda, la suposicion de que, una vez mezcladas con fortuna tríbus de una misma raza, queda todavia pendiente para el porvenir la cuestion más vasta y más difícil, que consiste en la aproximacion y cruzamiento (espiritual y corporal) de las razas entre sí: problema, no obstante, soluble por la incontrovertible fuerza de la cultura intelectual y moral.

Así como el hombre está en general llamado á regir mediante el espíritu las fuerzas, elementos é influencias de la Naturaleza, así tambien lo está en particular donde ellas se

muestran y hacen valer en su propia organizacion física. Y la íntima fusion de las razas, mediante la elevacion de las inferiores á las superiores, está tan indicada por la profunda unidad natural, que sólo forma *una especie humana* y hace fecundas las uniones entre todas las razas, como por la unidad de la razon en todos los hombres, que, merced á una comun disposicion y capacidad de educacion racionales, aun á la raza más ínfima y aislada en general de esas mezclas y de las influencias exteriores y vivificantes de otras tríbus más civilizadas, le permite levantarse á vida y á costumbres sensatas y morales y á un órden *jurídico-político*. En esto descansa el feliz hecho de que las tríbus salvajes pertenecientes á las razas mongola y negra constan de pocos indivíduos, como lo muestra la comparacion de las hordas mongolas, todavia nómadas, con los chinos, los más importantes representantes de esta raza; y como lo probará verosímilmente el conocimiento más detenido del interior de África respecto de las tríbus allí establecidas, en comparacion con los negros, propiamente dichos. De esta suerte aparece hasta fácil una mezcla ennoblecedora entre razas y razas. Pero si de hecho existen algunas tan degeneradas, que sean incapaces de toda superior cultura, desaparecerán al contacto de la civilizacion, como los indios de América ya han desaparecido (1) en gran

(1) El Estado negro de Haiti, sobre el cual, tiempos atrás, se habian concebido demasiadas esperanzas, y que hoy muestra un rápido retroceso de los negros á su anterior salvajismo y superticion, no puede en verdad servir de criterio decisivo de la incapacidad del negro para la cultura moral y política. Pues, de un lado, segun se nota en el texto, ha de considerarse que las razas negras de las costas de Africa pertenecen á los grupos inferiores de este tipo; y de otra parte, que estos negros eran antes esclavos, á los cuales sus cristianos dueños apenas hicieron aprender unas cuantas fórmulas, por cuyo medio no llegó el negro ni á la religion cristiana, ni á la civilizacion: cambiando, por tanto, fácilmente de nuevo dichas fórmulas tradicionales

parte (1).

Cualesquiera que sean los cruzamientos que puedan producirse entre las razas y pueblos, siempre resultará predominante un determinado tipo, como base; las grandes nacionalidades, por mezcladas que sean, jamás se disolverán en una fusion universal humana (que disolveria tambien (2) toda la organizacion de la Humanidad); sino que afirmarán siempre su individualidad en su peculiar concepcion de las cosas y, mediante ésta, en una informacion tanto más rica de las ideas biológicas de la religion, la ciencia, el arte y el Derecho, y en el lenguaje, como expresion de su vida entera espiritual y natural; aunque la nivelacion en todas las cosas

---

por sus supersticiones. La pequeña República de Liberia en la costa africana despierta hoy mejores esperanzas. Pero mientras carezca el pupilo (y como tal debe considerarse en general á la raza negra) de una educacion reparadora, fracasarán todavia muchas tentativas para civilizarlo moral y políticamente.

(1) Y á la verdad, no siempre por modos honrosos para las razas que les han ido suplantando. Aquellos que desatienden los principios superiores que presiden á la historia y, careciendo por tanto de todo firme criterio, se ven obligados á elevar á principio el éxito ("los hechos consumados"), no es maravilla que, al ver cómo *hasta hoy* han procedido *casi* siempre los pueblos colonizadores con las razas indígenas, y aun, en más ámplia esfera, los pueblos, las instituciones, las clases y *los más* de los individuos en sus mútuas relaciones, se abracen á la llamada "competencia vital" y eleven, con reprensible (aunque explicable) ligereza, un hecho *todavia* general, á principio absoluto de la vida, salvando abismos inmensos y no obstante la aversion que *dicen* profesar á los principios y á lo absoluto: procedimiento tan aventurado, prematuro é idealista como toda generalizacion que pretende salir de su esfera. Descaminado por él, declaraba ya Aristóteles el que pudiéramos decir derecho divino de la esclavitud, aunque sin ella viven ya por fortuna casi todos los pueblos civilizados.—(*N. T.*)

(2) Alude al cosmopolitismo abstracto que, concibiendo la Humanidad y la universalidad de un modo imperfecto, aspira á fundir toda diversidad nacional, como contraria á la solidaridad y al progreso.—(*N. T.*)

esenciales esté destinada á hacer cada vez mayores progresos.

Por lo que concierne á las relaciones exteriores naturales, y entre ellas las climáticas, á las cuales anteriormente, siguiendo á Montesquieu, tan excesiva importancia se ha dado, existe ciertamente entre el carácter de las naciones y el carácter físico de las comarcas por ellas habitadas una íntima conexion incontrovertible, una como armonía prestablecida, habiendo elegido los pueblos en general, como guiados de un superior instinto, aquellas moradas que corresponden en su mayor parte á su carácter total (1): de donde nace una constante influencia recíproca, pero tal, que el hombre hará cada vez más el territorio, que el territorio al hombre.

5. En el desarrollo del Derecho y del Estado en los pueblos, se muestra, como en el entero desarrollo humano, la ley de la *continuidad*, de modo que diversos elementos de cultura se suceden unos á otros, superiores y fecundas ideas fundan una nueva época y aun entran nuevos pueblos como órganos de aquellas en la historia; pero de tal suerte que, al punto que la primera y libre expansion se ha realizado, el nuevo eslabon de la cadena vuelve á anudarse á uno ó á varios de los precedentes. Un proceso de fusion entre lo antiguo y lo nuevo se inaugura, en donde los anteriores bienes ya alcanzados vienen á servir ahora de base para los progresos más recientes. La unidad superior de la Humanidad y de los pueblos se muestra, pues, tambien en que el capital realmente importante logrado por una nacion, aunque ésta misma desaparezca de la escena del mundo, no se pierde; sino que, como legado que ha de facilitar la ulterior produccion y construccion de la vida, se trasmite á otros pueblos que han de llevar más allá la cultura. Este proceso de asimilacion es cada vez más rico y comprensivo, al compás del

(1) Véase sobre esto más extensamente mi *Doctrina orgánica del Estado*, págs. 204 y siguientes.

progreso de la historia. Las naciones modernas han recibido para esto, mediante el espíritu superior y universalmente humanitario del Cristianismo, sentido y amor para todos los fines humanos; y sea el que quiera el modo como se ha realizado, es lo cierto que en nuestro tiempo se verifica una resurreccion espiritual de todos los pueblos cultos, y que, como antes la de los romanos y griegos, la literatura oriental alcanza hoy sobre nuestra civilizacion, cada vez en más alto grado, un influjo importante. A esto se añade que los pueblos mejor dotados han mostrado siempre una mayor receptividad para apropiarse lo de los otros, hallándose de esta suerte más expuestos tambien á dejar en reposo su propia fuerza productora, bastándoles esta asimilacion.

En este proceso de *apropiacion* de los más importantes elementos de la vida, á los cuales pertenece el Derecho, se pueden distinguir dos épocas, á las cuales debe seguir una tercera, superior y última. En la primera época, el elemento de cultura extranjero se abraza más bien *exteriormente*, de un modo casi sólo reproductivo y mecánico, y se añade en pura yuxtaposicion á lo propio, si es que existe ya en aquella esfera. Pero la recíproca accion entre los distintos factores de la vida no puede cesar; el elemento extraño, recibido al principio como un beneficio, en cuanto correspondia á una necesidad inmediata ó á una nueva tendencia espiritual, es estimado, en el momento siguiente, en su distincion y *oposicion* con el elemento indígena, y puede producir una lucha de partido entre los mantenedores de uno y otro; hasta que al fin se reconoce por ley irremisible, de un lado, que el elemento extranjero no es meramente recibido como tal y de afuera, sino que experimenta, aunque no con clara conciencia de ello, por parte del espíritu receptivo del pueblo, una trasformacion para enlazarlo con los elementos pátrios, en cuya nueva forma tiene su verdadera legitimidad; y de otro

lado, que por su medio ha de lograrse un superior progreso para que el espíritu científico y nacional, fortificado por la recíproca accion de ambos factores y por el conocimiento de su distincion y de su carácter mútuamente complementario, resuelva, merced á una nueva creacion, la oposicion exterior, sobre la base de un mejor concepto, trazando al desenvolvimiento nacional un camino más llano.

Estas tres épocas, que pueden indicarse en todas las esferas esenciales de la vida, en la filosofía y la ciencia, el arte y la literatura, y en las cuales se enlazan de tal modo los diferentes elementos de civilizacion de los pueblos, se muestran tambien con profusion en el desenvolvimiento del Derecho y del Estado, y se han señalado, sobre todo en los tiempos modernos, en el desarrollo del derecho romano y del germánico. El primero, cuya reanimacion al fin de la Edad media se anudaba íntimamente á la produccion de una nueva tendencia del espíritu, que se anunciaba en la filosofía como en el movimiento religioso, dando esencial preferencia á la *personalidad* y *libertad* subjetivas en las relaciones jurídicas, halló rápido acceso en el imperio aleman; pero durante muchos siglos fué más bien entendido exteriormente y adaptado á las condiciones indígenas de un modo exterior tambien (como *usus modernus Pandectarum*). Sólo en la Edad moderna se han concebido, merced á las investigaciones históricas, tanto el derecho romano como el germánico, más profundamente en su esencia y en sus instituciones y en su parcial *oposicion:* de suerte que aun la escuela histórica se ha dividido en gran divergencia entre una fraccion romanista y otra germanista. Esta oposicion no debe olvidarse tampoco; sino referirla, mediante una indagacion verdaderamente filosófico-histórica, á los conceptos fundamentales que sirven de base á ambos sistemas jurídicos, para compensar por completo, en virtud de una nueva *le-*

*gislacion* (codificacion), el concierto superior y comprensivo del aspecto *filosófico*, del *histórico* y del inmediatamente *práctico* en la Ciencia del Derecho. El génio de un pueblo sólo ha llenado su elevada mision, en punto á la asimilacion de los elementos extraños de cultura, cuando éstos no subsisten ya exteriormente, acusando su orígen exótico y más ó ménos en oposicion con el indígena; sino cuando la fuerza del espíritu científico y nacional, estimulado tambien por ese mismo elemento extranjero, alcanza una verdadera unidad superior, que, hasta en la forma, imprime su sello en el Derecho y en la legislacion. De este modo, por la tradicion, la admision y la apropiacion, se mantiene en el desarrollo de los pueblos la continuidad; pero sin conceder á un pueblo ni á una edad el derecho de gobernar por siempre á otros pueblos y edades mediante el sistema de cultura por él constituido (1).

---

(1) SAVIGNY, *Sist. del derecho rom.*, t. VIII, pág. 534, dice: "Nos es imposible conceder á época alguna el poder de inmovilizar é imponer su propia conciencia jurídica á todas las edades futuras."— Es evidente que lo propio ha de decirse del derecho romano por respecto á otros pueblos: lo cual, sin embargo, desconoce la escuela histórica con harta frecuencia. Por lo demás, Savigny mismo se ha precavido en otro lugar contra una falsa concepcion de esta escuela, al decir: "La idea histórica del Derecho se desconoce y desnaturaliza por completo, cuando se la concibe, segun es frecuente, como si en ella se estableciera el desarrollo jurídico producido en lo pasado, á manera de un término supremo, que ha de mantener inmutable imperio sobre el presente y el porvenir. Antes consiste su carácter en el proporcionado reconocimiento del valor é independencia de cada época, insistiendo sólo en que se reconozca la viva conexion por que se enlaza el presente al pasado, sin cuyo conocimiento no percibimos del órden jurídico actual sino la manifestacion exterior, sin concebir su esencia interna." Con esta opinion sobre el necesario reconocimiento del vínculo histórico entre lo pasado y lo venidero, se declarará enteramente conforme la verdadera teoría filosófica; recordando á la par que esa *esencia interna* no ha de penetrarse meramente desde el punto de vista de la historia, sí que tambien bajo conceptos filosófico-jurídicos.

# CAPÍTULO II.

## LA IDEA DEL DERECHO Y DEL ESTADO, EN SU DESARROLLO HISTÓRICO.

### §. 1.—Preliminar.

Las anteriores teorías filosófico-abstractas del Derecho, así como la de la escuela histórica, se encuentran, por respecto á la concepcion de aquel, en una oposicion que indica lo imperfecto de ambas. Las primeras no pueden, en virtud del principio meramente formal con que pretenden gobernar juntamente á todos los pueblos y tiempos como por un patron comun, comprender de modo alguno el desenvolvimiento del Derecho y del Estado, como enteramente natural, ni reconocer á cada grado de cultura su legitimidad; pero mientras esas teorías no alcanzan á la vida efectiva, á la historia, de las cuales se han separado ya con harta frecuencia por esta causa, la escuela histórica no llega á concepto alguno real del Derecho. Expone verdaderamente algunos importantes momentos de su exterior desarrollo histórico; pero deja en completa oscuridad el principio interno de la vida, la direccion y el término de este desarrollo; y dá en ello una nueva prueba, aun en esta esfera, de que la historia es inexplicable por sí misma, sin el claro conocimiento de los principios que la rigen.

De aquí que, en los últimos tiempos, se ha iniciado cierta aproximacion de esta escuela á la Filosofía, coincidiendo con

la necesidad de una reaccion en pró de la historia, sentida del lado opuesto. Su superior concierto no ha sido científicamente hallado hasta hoy, sin embargo. La teoría expuesta por nosotros se muestra apropiada cual ninguna otra para satisfacer, tanto la exigencia filosófica de un principio ideal, cuanto las pretensiones históricas; reconociendo, segun reconoce, el aspecto mudable de la vida como elemento integrante del concepto entero del Derecho. Pues éste, como ordenacion ó regulacion de todas las relaciones humanas en sus condiciones recíprocas, ordenacion que debe cumplir la libertad, es un principio general establecido por la vida misma. Pero si ésta, aunque una en su principio y sus fuerzas, se informa y continúa constantemente segun determinadas leyes, tambien el principio del Derecho se desarrolla cada vez con más perfeccion en la historia; de suerte que en ninguna época, en ninguna sociedad humana falta enteramente, antes se informa con las diversas relaciones y tendencias de un pueblo, reflejándolas cada vez con más riqueza. La idea del Derecho es, por esencia (segun su concepto, derivado de la idea de Humanidad), un principio de la vida y de su desarrollo, que condiciona sus relaciones, las cuales á su vez, en su ulterior desenvolvimiento, requieren el progreso del Derecho.

### §. 2.—Nacimiento del Derecho (1).

El *nacimiento* del Derecho en la historia tiene que explicarse siempre por el concepto de la vida de aquel. Para la

(1) Recientemente (Leipzig, 1854) ha publicado G. LENZ un libro sobre el *Orígen histórico del Derecho* (*über die gesch. Entstehung des R.*), que contiene muchas observaciones ingeniosas, pero escrito con un sentimiento casi desmedido de su propio valer, y en el cual, apoyándose en algunas ideas fundamentales de Hegel, y entrando en ardiente polémica contra la escuela histórica, que sin embargo tiene

escuela histórica, se pierde este comienzo, como el de todos los factores de la civilizacion, y en especial el del lenguaje (con el cual el Derecho ofrece en su marcha gran analogía), en una oscuridad difícil de aclarar (1); y sólo considera como

---

con aquel filósofo afinidad en sus doctrinas (las escuelas más afines suelen ser las que más ásperamente luchan entre sí), intenta fundar una opinion, de que la escuela histórica acertadamente se aparta cada vez más. En efecto; Lenz quiere probar cómo el Derecho, que reputa cosa abstracta, sólo podia nacer en un pueblo que, como el romano, no era tal pueblo en realidad, sino un *confluvies omnium gentium*; que el derecho romano es el Derecho *absoluto*, y ofrece á nuestra misma época material suficiente para convertirse espontáneamente en un derecho *universal*: mision que debe llenar de nuevo aquella legislacion, segun Lenz, por ser "el derecho de la libertad, la libertad misma:" por donde los liberales no han sabido lo que querian cuando se han apartado de ella.—En realidad, Lenz sólo ha expuesto, como *absoluto*, el principio de la subjetividad, de la personalidad, de la libertad, así como del egoismo (principio que IHERING, en su *Espíritu del derecho romano* (*Geist der römischen Rechts*, 1852), ha indicado primero de una manera fundamental en el referido derecho): mostrando sólo de esta suerte que nada comprende de la esencia siempre *relativa* del Derecho y especialmente del íntimo enlace de éste con la moralidad y con todas las relaciones de la vida que se apoyan en las costumbres y se elevan progresivamente, y á las cuales necesita aquel siempre adaptarse. Dá tambien señal la obra de Lenz de hasta dónde lleva y llevará cada vez más el estudio desproporcionado del derecho romano, cuando se abandona toda profunda Filosofía jurídica. No es, pues, de admirar si este libro, dedicado á "la juventud jurista de Alemania," y que puede rechazar ciertamente las exajeraciones de la escuela histórico-romanista, mas no oponerle ninguna refutacion por principios, y al cual se han dirigido hasta ahora censuras puramente externas, haya encontrado grande acogida, en medio de la decadencia de todo estudio fundamental y metódico de la Filosofía, y haya contribuido esencialmente á apartar el ánimo de la juventud de todos los conceptos superiores jurídicos.—Sobre las excelencias y las faltas del derecho romano, véase nuestro juicio al fin de la parte histórica.

(1) En el fondo, la misma oscuridad que reina en su concepcion de la idea del Derecho, la ha llevado la escuela histórica al orígen de éste. Con las ideas de espíritu, conciencia, conviccion nacionales y otras palabras análogas de efecto, puestas de moda, ni se llega á la

orígen del lenguaje, de las costumbres y el Derecho, el *espíritu nacional* general, que penetra todos los indivíduos y obra en ellos inconscientemente. Por importante que sea haber reconocido que el Derecho, como un aspecto y funcion de la vida nacional, se halla en orgánico enlace con todas las restantes manifestaciones y actividades de ésta y tiene una fuente comun en el espíritu, carácter y tendencias del pueblo, no indica esta afirmacion sino un sentido *subjetivo* y meramente *general;* faltando la explicacion, no ménos importante, del instinto, sentimiento ó tendencia especial, que

naturaleza del Derecho, ni se consigue entender su orígen. Esta escuela ha abusado tanto de esos conceptos, alimentando la ilusion de alcanzar mediante ellos un sentido jurídico más profundo, como el hegelianismo con su teoría de la idea y la conciencia. Sólo que, mientras éste aspiraba á llenar la conciencia mediante el proceso de la idea con un contenido sustancial, se ha contentado aquella con el marco general y vacío de la conciencia, ó conciencia nacional, que sin embargo no es en sí misma criterio alguno de bondad ni de justicia. Mas precisamente por haber hecho valer este elemento subjetivo del Derecho, ha acontecido que Puchta, en el cual la exigencia de más sólida fundamentacion filosófica se reanimó con mayor energía, recayese casi enteramente en el punto de vista de las teorías de voluntad, pero quedando, en cuanto á su cimentacion y desenvolvimiento, muy por bajo de sus predecesores Kant y Fichte, y de sus principales partidarios. Con efecto; en la Enciclopedia que se halla en el primer tomo de su curso de *Instituciones*, ofrece una teoría del Derecho, que no sale de ciertas generalidades, dejando en completa oscuridad el concepto, orígen y desarrollo del Derecho. Puchta ha mantenido en esto el prejuicio contra "la razon;" y por esto su teoría de la voluntad y de la libertad corresponde bien poco á las exigencias que la razon impone en el respecto material y en el formal. Los principios más notables de Puchta son los siguientes. "El concepto fundamental del Derecho es la libertad. De aquí (?) se sigue que no cabe llegar á este concepto partiendo del de la razon."—"En virtud de la libertad, es el hombre sujeto del Derecho."—"Su libertad es el fundamento del Derecho, y todas las relaciones jurídicas sus emanaciones."—"El Derecho es el reconocimiento de la libertad que corresponde proporcionadamente al hombre, como sujeto de voluntad. Recibe su materia y contenido por la tendencia del hombre á referir á sí mismo lo que

dá el impulso inmediato al establecimiento del Derecho. Así lo hacen otras teorías, poniéndolo en el instinto de sociabilidad *(Grocio)*, ó en una tendencia media entre el egoismo y la abnegacion *(Warnkönig)*. Pero esta mera explicacion subjetiva del nacimiento del Derecho es insuficiente: porque el orígen de éste ha de indicarse tambien de un modo *objetivo*, en las relaciones de la vida y en la manera como él las determina.

Merced á ese carácter predominante objetivo, jamás se halla el Derecho, ni aun en su orígen, en una oscuridad tan misteriosa como la escuela histórica afirma. Los comienzos de otros elementos de civilizacion, que tienen un carácter más interno, como la religion, la ciencia, el bello arte y el lengua-

---

existe fuera de él; y es su mision aplicar el principio de la *igualdad* á las relaciones que de esa tendencia se engendran."—Sobre el orígen del Derecho, añade luego (cap. II): "La existencia del Derecho, que define y ordena las relaciones humanas, descansa en la conciencia que de la libertad jurídica posee el hombre. Esta conciencia, el hombre la tiene de Dios; el Derecho es un órden divino, dado á aquel y recibido en la conciencia."—"El Derecho llega á la conciencia, en parte, por el camino sobrenatural de la revelacion; en parte, por el camino natural de un sentido y tendencia innatos en el espíritu del hombre. Sólo con este orígen natural tenemos que ver nosotros: en él, el verdadero Creador se oculta (?) y el Derecho puede aparecer como creacion de nuestro espíritu; siendo realmente, en su ulterior desarrollo y proceso (no sólo pareciéndolo) una produccion humana."—Puchta ha adoptado, de esta suerte, en el concepto y en el orígen del Derecho dos puntos de vista; mas ni la libertad, aislada de la razon, basta para el uno, ni la conciencia, aunque dimane de Dios, para el otro. Sin indagar profundamente *la naturaleza de las relaciones de la vida*, que nacen ciertamente *mediante* la libertad, *con* más ó ménos clara conciencia y *bajo* el impulso de ciertas tendencias, mas *para* fines racionales, no puede concebirse el Derecho, ni en su idea, ni en su proceso; y la escuela histórica sólo consigue mostrar en uno de sus más ilustres representantes, cuya delicada penetracion tanto le hace valer en el órden positivo, que para investigar la naturaleza del Derecho se necesita otra filosofía más profunda que la engendrada por unas cuantas reflexiones generales concernientes á la subjetividad.

je, pueden explicarse sólo por las profundas tendencias de la vida del espíritu; pero el nacimiento del Derecho puede conocerse, conforme á su esencia, de un modo más exterior. Donde los hombres se encuentran y conviven, ora sea en la familia, primer grado inicial de la sociedad humana, ora en ulteriores y más ámplias uniones (por ejemplo, en tríbus nómadas cazadoras), siempre sentirá su espíritu, que se anuncia ya áun en el instinto racional, la necesidad de establecer determinádas condiciones para esta convivencia, formada de tal ó cual modo y más ó ménos ordenada, las cuales se diversifican segun el fin del vínculo que une á los miembros y segun la concepcion y ejecucion más ó ménos ética de este fin. Toda sociedad depende, pues, de condiciones que, en lo más indispensable, tienen que llenarse, si no han de romperse los lazos sociales. Así, en las familias primitivas y segun su modo de concebir la convivencia, se llenan esas condiciones mediante la educacion espiritual y corporal, el mútuo auxilio y la subordinacion á un poder y gobierno comun; y la situacion de cada uno de sus miembros, lo que ha de hacer, lo que ha de omitir, lo que ha de consentir, aparece como una de dichas condiciones, diversamente determinada segun la idea más ó ménos ética del sér de la comunidad. Aun los pueblos nómadas, cazadores ó pastores, todavia asientan necesariamente las condiciones de la caza ó del pastoreo en comun. Los varios fines de la vida y su concepcion regulan, pues, las condiciones, que forman do quiera el aspecto jurídico de todo vínculo ético, constituido entre hombres y creado por un fin.

Ahora bien; si la *familia,* primer vínculo natural, une en sí inmediatamente todos los fines de la vida y es fuente de todas las ulteriores formaciones sociales, toma el Derecho su orígen *histórico* en ella: el primer derecho es el *derecho de familia.* Y pues las familias se extienden poste-

riormente, en la parentela y la tríbu, y conviven localizadas en lugares, ya permanentes, ya mudables, recibe tambien el Derecho una ulterior extension y carácter especial, de todas esas diferencias y relaciones de la vida. El orígen del Derecho es, pues, objetivamente considerado, segun su concepto, claro y sencillo; aunque los motivos ó tendencias en que los fines se reflejan subjetivamente y mediante los cuales se producen las condiciones de vida, puedan ser muy diversos, segun la naturaleza moral de los indivíduos. Tanto las tendencias de la sociabilidad, del amor, de la benevolencia, del mútuo complemento, como las del egoismo, la dominacion, la mayor ganancia de todos los miembros de la sociedad, mediante un poder superior, físico ó espiritual y de tal ó cual modo nacido, pueden servir de impulsos inmediatos para el establecimiento del Derecho y modifican diversamente unas mismas relaciones jurídicas. Pero, en sí propio, no nace aquel de ellos, ni cabe por ellos medirlo; antes tiene su criterio y medida y su regla, no en sí mismo, sino en los fines éticos, fundados en la naturaleza racional-sensible del hombre: de aquí que muestre el *desarrollo* del Derecho y su *génesis en la historia* el mismo camino, las mismas *épocas* y fases que el *total desarrollo ético* del hombre y de los pueblos.

La diversidad de instituciones jurídicas de las razas y naciones tiene, pues, su fundamento en sus distintos grados de cultura ética y en las tendencias predominantes que en su vida determina el carácter de la raza. Así como la voluntad del hombre, en general, pende de la educacion y el carácter, así tambien la actividad voluntaria de los miembros de una comunidad, en punto al establecimiento de las relaciones jurídicas, mediante costumbres, contratos y leyes, depende siempre de sus ideas morales sobre la vida. Aunque en un grado de cultura ó en un pueblo (por ejemplo, el romano en

la esfera del derecho privado), se asegure á la voluntad personal de los indivíduos y del todo social el más ancho espacio, todavia en el ejercicio de su libre albedrio se expresará el grado de su educacion moral; pero si se trata de regular por las leyes relaciones generales, debe el legislador, ora sea un indivíduo, ora una asamblea, estimar, no tanto la voluntad, como la educacion y estado comun social, teniendo siempre á la vista juntamente un superior fin de cultura: si no ha de perecer su obra, al estrellarse contra las costumbres, y si no ha de aumentar la declinacion moral del pueblo.

### §. 3.—Períodos capitales del desarrollo jurídico.

Así como el nacimiento del Derecho ha de explicarse por su naturaleza, juntamente con las leyes generales de la civilizacion, así tambien su ulterior progreso en la historia.

Dicha evolucion, como todo desarrollo, procede segun las leyes, arriba indicadas, de la unidad, la oposicion y la armonía, que fundan tres (1) períodos capitales correspondientes.

(1) A nuestro juicio, la division que el autor hace de la *historia del Derecho* no es real, ni está justificada. Por lo pronto, pareciendo que vá á considerar el desarrollo de la vida jurídica separadamente de las otras esferas de la actividad, resulta luego que no es así, puesto que, de un lado, se incluyen en una época muchas de aquella tan diversas como la legislacion oriental y la romana, y de otro, se hace arrancar la tercera época capital del Cristianismo, que no es un hecho de carácter jurídico. Esta inconsecuencia revela el distinto camino que debe seguirse para trazar esa division, el cual no es otro que el que se deduce de la naturaleza misma del Derecho y de su relacion á la vida. Es aquel forma y condicion de ésta; y en tanto no es posible desligarlo de ella, antes bien se ha de considerar su desenvolvimiento siguiendo paso á paso el del fondo y contenido de la misma. De aquí que donde se ha de buscar el resultado de las tres leyes fundamentales de la unidad, de la variedad ó contraposicion, y de la armonía ó composicion, es, no en la vida jurídica misma, sino en la vida toda de la Humanidad.

Partiendo de esta base, encontramos la *primera edad*, la de uni-

## A.—*Primer periodo del desarrollo jurídico.*

En el primer período, debia manifestarse el Derecho en íntima *unidad* con todos los restantes elementos esenciales de la vida, hasta llegar á formarse; y los dos elementos, objetivo y subjetivo, no podian distinguirse todavía por la conciencia, ni producirse en recíproca oposicion. La suprema unidad de la vida del hombre se muestra en la *religion*, vínculo personal con Dios, recibido en el ánimo; y así como el principio de la historia y civilizacion humanas sólo se concibe mediante las fuerzas divinas, que en aquella habitan é inconsciamente actúan, chocando toda suposicion en contrario (la de una gradual elevacion de los hombres y pueblos desde un estado salvaje y semi-animal) con insolubles dificultades fisiológicas é históricas; así tambien en la primera manifestacion, divinamente inspirada, del ánimo, la intuicion,

---

dad, en aquellos tiempos primitivos, anteriores en verdad á la civilizacion oriental, como hace notar más adelante el autor, contradiciendo á Schelling y á Hegel, en que la vida se nos presenta como contenida en un gérmen embrionario, en que todo existe confundido y sin distincion. El hombre siente su cuerpo dominado por la Naturaleza, su espíritu perdido en la Divinidad, su individualidad absorbida por la familia; edad, que es para la Humanidad, lo que la infancia para el indivíduo, y que por esto ha sido en lo antiguo ensalzada por la religion y cantada por la poesía, como la paradisiaca ó de oro, y es hoy considerada, no como el ideal, ni como la absoluta felicidad, sino como el comienzo y punto de partida de la civilizacion; punto que, recordando y reconociendo los encantos de aquella edad, ni el indivíduo ni la Humanidad pretenden retroceder hasta ella.

Encontramos que la *segunda edad* comienza con los tiempos verdaderamente históricos, al romperse la unidad cerrada de la anterior, para irse produciendo, primero, uno tras otro, tres *varios* elementos de la civilizacion; combinándose, despues, entre sí sucesivamente. De aquí la subdivision de la misma en dos períodos: el primero, que se caracteriza por la *aparicion* de cada una de aquellas energías, y que comprende por lo mismo tantas épocas cuantos son los órdenes

el sentimiento y la voluntad, se muestra el interior instinto y sentido del Derecho, bajo el influjo de toda la disposicion de la vida y de las relaciones exteriores naturales; regulando las relaciones entre los miembros de cada familia, de cada union de familias, de las gentes y razas, desde lo íntimo del ánimo y especialmente segun el carácter con que se entiende la vida entera para con Dios. El impulso subjetivo que nace de todo el ánimo se anuncia todavia incorruptible en el sentimiento de la solidaridad, en el amor y benevolencia; y su determinacion jurídica, mediante la cual se ordenan las

particulares que así se desenvuelven: Oriente, religion; Grecia, filosofía y arte; Roma, derecho social; Cristianismo, moral; Germanos, derecho individual; y el segundo, que se caracteriza por la *combinacion* de los elementos producidos en el anterior, y que se subdivide consiguientemente en tres épocas: la primera, llamada vulgarmente aunque con impropiedad, Edad media, durante la cual luchan y se mezclan la civilizacion romana, la cristiana y la germana; la segunda, en que mediante el Renacimiento, entra á componerse con aquella la griega, y la tercera, que es la actual, en la que el Renacimiento de Oriente trae á la vida el primer elemento producido en esta segunda edad, terminándose de esta suerte el doble movimiento de produccion y de combinacion que caracteriza á aquella.

Por último, viene luego la *tercera edad*, de composicion ó de síntesis, que parece iniciarse en nuestros dias, puesto que en ella son anuncios todas las tentativas que hace el espíritu humano para dar una solucion armónica á la *crísis total*, que caracteriza á la época presente, y que es producto de la lucha entre toda esa vida producida, histórica, asimilada, y la nueva que la Humanidad aspira á crear y determinar.

Ahora bien; en armonía con esta division de la historia universal humana, la particular del Derecho debe dividirse así:

PRIMERA EDAD. Derecho primitivo.

SEGUNDA EDAD.

*Primer período.*—1.ª época: Legislacion de Oriente.—2.ª época: Legislacion griega.—3.ª época: Legislacion romana.—4.ª época: Legislacion canónica (durante los cinco primeros siglos).—5.ª época: Legislacion germánica.

*Segundo período.*—1.ª época: Legislacion feudal.—2.ª época: Legisl. de la monarquía.—3.ª época: Legisl. de la revolucion.—*(A.)*

relaciones entre padres é hijos, esposos, hermanos, así como las de las tríbus, no se concibe, faltando todavia la direccion conscia de la voluntad, sino objetivamente: cual una revelacion ó inspiracion, uno de esos lazos divinos que sostienen la vida de los indivíduos y que, en el entrecruzamiento de todos, fundan al par el deber de cada uno.

Pero, en este primer período inicial de toda vida y civilizacion, se ponen tambien, merced á la diversidad de tendencias y sentimientos de las familias y tríbus (procedan ó no de un tronco comun), los primeros gérmenes de las diferencias en el gobierno jurídico de las relaciones entre los miembros de la comunidad; regulando la situacion de los esposos, hijos, hermanos, segun se comprende más ó ménos diversamente. Todo este período de la vida, determinado por el predominio del principio de unidad y expresado en el régimen *familiar patriarcal*, puede sólo exponerse, conforme á las leyes generales biológicas, en ciertos rasgos capitales, hallándose fuera de la historia fidedigna y no conservándose sino algunas huellas en las primitivas *tradiciones* (1).

### B.—*Segundo período.*

Este segundo período coincide con aquella gran época en el desarrollo de la Humanidad, donde causas espirituales y físicas (que no podemos indicar históricamente, aunque ha

(1) En la siguiente historia del derecho oriental, explicaremos con mayor detenimiento este punto. Pero es un error de casi todas las modernas exposiciones filosófico-históricas, nacidas en la escuela de Schelling y de Hegel, adoptar el principio de unidad de todas las esferas de la vida, aun para los pueblos *históricos* de Oriente; siendo así que éstos caen ya dentro del segundo período capital del desenvolvimiento (oposicion subjetiva), aunque la unidad del primer período todavia se mantiene en la primera época de éste, como un molde exterior que contiene todas las relaciones intelectuales, religiosas, morales y jurídico-políticas de la vida: molde que precisamente, en la segunda época del segundo período, rompen Grecia y Roma.

de aceptarlas el pensamiento filosófico en consonancia con las tradiciones religiosas y para explicar racionalmente sus consecuencias ulteriores) *rompen* la íntima comunidad de vida entre Dios, la Naturaleza y los hombres, como primer vínculo protector y necesario en la infancia de la vida de éstos, que toman una direccion predominante *hácia sí mismos;* pero comenzando á fortificarse, con ese sentimiento de independencia, juntamente un impulso de egoismo en todas relaciones. Este egoismo, sea cualquiera la razon que de su nacimiento quiera darse, ha llegado á ser el móvil dominante en la vida y en la historia de la Humanidad. Ha apartado, ante todo, al alma humana cada vez más y más de lo divino, infinito y eterno, dirigiéndola hácia lo finito, temporal y sensible; ha dejado disolverse la unidad primordial del Sér en la variedad de las cosas, poniendo el fenómeno sensible en lugar de Aquel, comprendiendo las particulares fuerzas de la Naturaleza y el mundo, que sólo son manifestacion de la suprema fuerza divina, fuera de esta superior conexion, y endiosándolas, y hasta llegando á considerarlas como dioses. Pero cuando la unidad del mundo y de la vida, sólo concebible siempre mediante Dios, faltó en las ideas y se formó el politeismo, debia tambien debilitarse cada dia más y anularse el sentimiento de la unidad de vida y comunidad entre los hombres: pues en la misma medida en que se desconoce la suprema unidad, se pierde tambien en las relaciones humanas.

El egoismo se anuncia en el principio y el curso en este período durante los siguientes hechos importantes.

Exteriormente, se produce ante todo la *division* y *separacion de las razas*, que abandonan la morada comun primera. Reciben por herencia una intuicion religiosa, comun tambien; pero que, disgregada de las relaciones de la vida, retrocede de todo el ánimo á la memoria, como recuerdo de la tra-

dicion, que, si excita á veces un anhelo en los ánimos profundos, vá petrificándose en general más y más en formas finitas externas. Comparten costumbres y lengua comunes, igualmente, que se constituyen segun el interior carácter de cada una de estas razas, bajo la concausalidad, mayor por la debilidad del espíritu, de las influencias naturales. Fundan, por último, comunes instituciones jurídicas, de las cuales es la voluntad elemento esencial; pero se reforman rápidamente, modificándolas el egoismo segun sus fines, aun cuando se sirva de formas religiosas y deje subsistir un vínculo objetivo entre estas y el Derecho.

Desde entonces, las razas nacionales, separándose entre sí para volver á encontrarse más tarde de muchos modos, especialmente como enemigas, sigue cada una su preponderante vocacion, pero parcial y estrechamente, sin acertar á ver en las demás tendencias y fuerzas de la vida su propio complemento. Así entran en la historia diversos pueblos que dirigen la civilizacion. Unos, que mantienen la unidad *originaria* de las tendencias humanas, bajo el poder conservado por la religion, en un sistema permanente de clases, pero en la institucion cerrada y exteriormente coactiva de las castas, como los indos. Otros, que desenvuelven el tipo primitivo de la vida *familiar* en el total organismo del Estado, mediante cálculos y combinaciones de una reflexion inteligente, como los chinos. Otros, que con interior impulso emprenden, aunque valiéndose de luchas diversamente rudas, el *concierto* entre los pueblos de Asia, Africa y Europa, como los asirios, medos y persas. Otros, que en Africa ofrecen el contraste con el pueblo indo, bajo el predominio de una religion *realista* natural y una compleja organizacion de la vida en la hábil administracion del Estado, como los antiguos egipcios. Uno, de escasas dotes intelectuales, pero que mantiene con fidelidad la creencia en la unidad de Dios, como estela luminosa

al través de la historia de las religiones, y en el inmediato gobierno divino de la vida, como el pueblo judio. Otros, que realizan en esferas materiales subordinadas el comercio, llevando múltiple civilizacion, mediante sus cambios, como los fenicios y cartagineses. Por último, el problema de la civilizacion se ensancha más por pueblos que, inmigrando á Europa como un presente del Asia, traen una peculiar inspiracion superior y ciertas ideas fundamentales á los pueblos arios (indo-europeos) y entran despues en cierto contacto con la cultura egipcia; pero, desechando en su nueva morada las anteriores ligaduras orientales, que por tantos modos impedian la libertad humana, y reformando en todas las esferas de la vida las originarias tradiciones, procuran un movimiento cada vez más expansivo. Así aspira el pueblo griego á informar en libre cultura todo lo humano que indos y egipcios habian producido y organizado exteriormente en su sistema de castas y gerarquías; así obra, en fin, el pueblo romano, en el cual, la conciencia de su propio gobierno y de su poder y voluntad llega á manifestarse completamente en el Derecho y el Estado, fundando la vida jurídica y política en la voluntad nacional, separándola cada vez más de los principios objetivos y morales y trayendo con esto la ruina de una inevitable disolucion.

Con el pueblo romano deberia concluir esta época histórica: ya que, despues de haber llegado á su plena soberanía la voluntad humana, y aun hasta á someter á casi todos los demás pueblos, debia necesariamente disolverse en su propio vacío, privado de todo contenido ético. Sólo abriendo las superiores fuentes divinas del Cristianismo, podia detenerse la corrupcion y comenzar una nueva época para la Humanidad, mediante el anuncio del Dios vivo y del gobierno moral y supremo del mundo.

En la antigüedad ante-cristiana, forma, pues, el desarrollo

del Derecho y del Estado otra distinta direccion, determinada por el carácter nacional, por la mision histórica que le estaba asignada y por el predominio de ciertas facultades, tendencias y pasiones del espíritu. Segun el génio de cada pueblo, recibe su derecho un carácter más rigoroso ó más suave, pero en el cual siempre se expresa el egoismo en alguna forma. Déjase ver, ante todo, en las relaciones de familia, donde se subyuga al sexo más débil, en vez de conservarle su igualdad moral, constituyéndose de aquí la poligamia; como se muestra tambien en el poder paterno, circunscrito al varon y considerado como una pura relacion de dominio. Entran luego el egoismo y la ambicion, en parte, entre las familias y gentes de una misma tríbu, que intentan sacar de la superioridad accidental de sus progenitores, preeminencias permanentes para su familia; en parte tambien, entre las grandes tríbus, algunas de las cuales aspiran á sujetar y dominar á las otras. Esta ambicion regula más tarde, en el seno de una tríbu, ó conjunto de tríbus, por diversos cálculos egoistas, las condiciones de la convivencia social, de que pueden dimanar todas las formas del despotismo político y civil. Pero esta tendencia no se muestra menos tampoco en el desarrollo interior de cada pueblo, en el hecho de que las esferas de vida, primitivamente enlazadas en su superior unidad, se divorcian cada vez más entre sí, concibiéndolas aisladas é independientes. Así se desatan, primero, en la esfera del espíritu, la religion, la ciencia y el arte: intentando la indagacion libertarse de las tradiciones, con lo cual se entiende tambien la vida del Derecho y del Estado con mayor independencia. La clase guerrera, á que pertenece habitualmente el déspota, se forma al lado de la sacerdotal; el Derecho mismo se divorcia cada vez más de las reglas y formas religiosas y al cabo se separa, como el Estado, de todo principio de vida, objetivo y divino, hacién-

dose meramente fruto de la voluntad individual ó social. Con esto se significa el término á que aspira toda esta direccion, que llega en Roma á su apogeo y muestra allí mismo por necesidad toda su falta de interior contenido. Así ofrece el mundo ante-cristiano el espectáculo de un progresivo egoismo entre los hombres, las razas, los pueblos y las esferas de la vida humana: una ruptura de todos los vínculos superiores divinos, en la cual, aquel sentimiento guia por sí solo cada vez más á los hombres y los arruina y pierde. Cierto es que penetró más claridad en la conciencia, especialmente merced al sentido romano del Derecho, sobre un principio de suma importancia en la vida: el principio de la propia determinacion, de la libertad y personalidad civiles; pero su parcial desarrollo y el desconocimiento del órden moral universal, superior á la arbitrariedad de los hombres, y al cual la libertad, para traer frutos saludables, necesita someterse por sí misma, no podia sino acelerar la destruccion de la cultura romana.

### C.—*Tercer período.*

Una influencia superior divina era necesaria para procurar á la Humanidad salvacion y nuevo vuelo. Cristo vino á guiar hácia Dios á esa Humanidad caida en el egoismo, volviendo á levantarla á la suprema fuente de la vida y reedificando el órden moral. Pero el Cristianismo no era un regreso parcial al principio de la unidad y objetividad, predominante en el primer período; sino, antes bien, la primera *mediacion* y armonía verdaderas entre Dios y el hombre, del mismo modo que entre el órden inmutable divino y nuestra libre voluntad. En la unidad de Dios, abraza el Cristianismo la unidad de la Humanidad en naturaleza y vida: en virtud de lo cual, puede concebir esa unidad en la *historia*, cuyos miembros son las naciones particulares, recono-

cer en la vida el gobierno de la Providencia y relacionar á las edades y á los pueblos entre sí. Pues esta religion, nacida en Oriente y extendida en el Occidente, es ante todo en sí misma el superior vínculo histórico del espíritu oriental, dirigido hácia lo infinito y divino, con el occidental, que se desenvuelve en la libertad y la independencia, uniendo ambos elementos de la civilizacion y pudiendo servir de vínculo entre todos los pueblos.

Ha atravesado el Cristianismo en su desarrollo histórico varias épocas, cuyo carácter viene determinando tambien el del desarrollo jurídico y político durante esa nueva era. Dichas épocas pueden designarse, bajo el predominio comun del principio cristiano, como épocas de *unidad*, de *oposicion* (en dos sucesivas direcciones históricas) y de superior concierto y *armonía*, todavia venideros.

La *primera* época comprende principalmente la era de los Padres de la Iglesia y se caracteriza por el sentido, que inunda todo el espíritu y ánimo, de la reconciliacion y la unidad con Dios, conquistada de nuevo. Es el tiempo en que toda la vida humana y todas sus manifestaciones se hallan penetradas por esa nueva fuerza. Como condicion fundamental para todo, se reputa justamente la que faltaba: el renacimiento espiritual, el cambio de sentido (μεταυοησις), la plenitud del ánimo con lo divino y con las tendencias morales de la voluntad: todo el hombre ha de aplicarse de nuevo y consagrarse á Dios. La Humanidad es salvada de su completa ruina por un hecho infinito de amor; y la nueva alianza concluida con Dios debe tambien abrazar á todos los hombres, como hermanos é hijos de un mismo Padre. Con este espíritu religioso y moral comenzó en aquellos primeros tiempos la reconstruccion de la ciencia y la vida.

Por lo que al Derecho y al Estado concierne, reformóse ante todo en sus fundamentos la idea de la antigüedad. Ha-

bia el Cristianismo dado á la vida un fin superior, segun el cual tenian necesariamente, por tanto, que regularse tambien de nuevo las condiciones de la vida en el derecho privado, en el político y en el internacional. Derecho y justicia no aparecen ya como una produccion del arbitrio subjetivo; sino como un principio, que procede de Dios, que rige la vida de los hombres y que enlaza á este mundo con el otro. Debia tambien la misma justicia penetrarse del espíritu cristiano: de amor, de misericordia, de beneficencia, de proteccion; y hallar, mediante estas virtudes morales, su verdadero y propio contenido. Así se fundaron tambien entonces, á favor de este espíritu, instituciones desconocidas á la antigüedad. El Cristianismo, con su fuerza salvadora, cerró contra los anteriores males, vicios y debilidades sociales. El nuevo principio religioso de la Providencia se produjo en la sociedad, como un poder auxiliador y como una tutela para todos los enfermos y pobres de espíritu y cuerpo; organizándose ante todo y por vez primera institutos de beneficencia que no pudo conocer el mundo antiguo, del cual permaneció ignorada, en su egoismo, la idea del sacrificio y de la devocion y abnegacion recíproca. Tal como el hombre conciba su relacion con Dios, tal será siempre su conducta con los demás hombres. Por esto necesita elevarse á Dios mediante el amor, haciéndole descender luego benéfico para con sus semejantes. El Cristianismo rompió aquel egoismo que antes dominaba en todas las relaciones jurídicas.

Respecto del derecho *civil*, es cierto que continuó el romano sirviendo de inmediata fuente capital; pero el proceso de humanizacion, que habia ya comenzado á iniciarse por la filosofía platónica y estóica al fin de la república y durante el primer siglo del imperio, fué llevado mucho más allá por el espíritu cristiano. El derecho de la personalidad se reformó segun las exigencias morales de la igualdad y

la libertad de los hombres ante Dios y traido más á concierto con los deberes morales de cada uno de ellos para con sus semejantes. Apareció el matrimonio como una verdadera *divini et humani juris communicatio;* los esposos fueron considerados como compañeros igualmente dignos, y reguladas las relaciones entre padres é hijos segun principios morales. Hasta al derecho de bienes se le señaló una mision ética tambien, recomendándose el uso de la propiedad y su aplicacion para fines morales, como un deber; y la usura, de que tanto padeció la vida romana desde el comienzo al fin, debia tambien estirparse de raíz, prohibiéndose, aun jurídicamente, como ilícito, el interés.

En el derecho *penal*, penetró el espíritu humano del Cristianismo, concibiéndose la pena principalmente como arrepentimiento y enmienda, desapareciendo muchas clases de penas crueles y en general, durante los primeros siglos, impulsando y promoviendo los obispos la dulzura.

El derecho *político* recibió nuevas bases. El Estado no podia ya ser fin de sí mismo, abrazando la vida de los ciudadanos, que se bastan á sí propios; sino que debia concebirse como un medio para los fines superiores humanos, como una institucion y ordenacion de Dios, para hacer posible en la vida exterior y temporal un más elevado destino. Como tal ordenacion divina en lo temporal, no es el Estado un producto del arbitrio, ni del contrato; sino un vínculo que enlaza á todas las partes, conservándolas para el fin supremo de la vida, á la vez que un organismo, en el cual tiene cada una de aquellas su funcion, debiendo obrar segun su vocacion y estado y servir á las demas; y siendo todos, incluso el sumo imperante, súbditos y responsables ante Dios.

Formóse, por último, un nuevo derecho *internacional*. Pues si todos los hombres son hermanos, deben tambien los pueblos amistarse entre sí y formar á modo de un Estado co-

mun cristiano, una alianza y federacion de naciones; de hecho, la idea de este reino cristiano, que germinó gradualmente y recibió luego en el Imperio romano-germánico su expresion política, trajo á un comercio más íntimo á todos los pueblos de aquella comunion, hizo aplicar, aun á la guerra, principios más humanos, concluyó con las luchas de exterminio é inspiró en las más importantes relaciones de la paz y de la guerra el sentido de la religion. Finalmente, el Cristianismo ha hecho posible una concepcion verdaderamente universal del *desarrollo histórico*. La idea de la unidad de Dios y de su sábia Providencia hizo aparecer tambien á la Humanidad como una unidad viva con un fin comun; la historia se consideró en sí misma como la gradual preparacion del reino de Dios, que, aun cuando en constante lucha con el reino terreno, movido por el egoismo, debia aparecer al cabo en lo venidero completamente trasfigurado.

Así penetró el espíritu superior del Cristianismo todas las relaciones de la vida, en esa primera época. Fué un tiempo de siembra, de fecundacion intelectual y moral, de recíproca abnegacion, de universal sacrificio por la verdad divina. En el libre movimiento de los espíritus, continuóse la edificacion de la nueva verdad, para realizarla en la vida. El hombre renacido se sintió como uno con Dios, libre órgano é instrumento de la verdad y del amor divinos.

Pero tambien el Cristianismo debia compartir la suerte de otros muchos principios de la vida en su aparicion temporal entre relaciones y circunstancias contrarias é impeditivas, siendo impulsado en una direccion parcial y perturbado por pasiones. Especialmente, desde que Constantino lo elevó á religion oficial, se vió arrastrado por la corriente de los intereses humanos y políticos. Las condiciones exteriores favorecian esta direccion meramente exterior. En medio de la disolucion de Imperio de Occidente, produci-

da por las usurpaciones de los pueblos, y las turbaciones de aquí originadas, debia nacer para el Cristianismo la necesidad de una fuerte organizacion externa. Esta tendencia, históricamente ordenada, hácia su exterior constitucion, dió al Cristianismo, en medio de aquel desórden, una visible organizacion social en la *Iglesia*, é hizo nacer tambien ciertas cuestiones sobre el poder y la autoridad en el interior de la Iglesia misma, así como en relacion al Estado, que debian ocupar al espíritu durante siglos. Al decidir estas cuestiones, mostróse en verdad de nuevo en Roma aquel espíritu práctico, que, concibiendo exactamente la organizacion prescrita por las relaciones históricas de entonces, aspiraba con todo á mantener más tarde y á realizar consecuentemente, como condicion normal del poder, el imperio y dominio, en otra edad pretendidos, y ahora, por las circunstancias de la época, plenamente justificados. A consecuencia de la ruina exterior é interior del Imperio y de la desconsolada situacion, hija de ella, comenzaron á apartarse del Estado los espíritus y á considerar el reino de los cielos como el único verdadero. Agustin, contemplando este fenómeno de los tiempos, habia expresado el pensamiento de que el Estado terreno sólo en la naturaleza corrompida del hombre tiene raíz, habiendo llegado á hacerse necesario á causa del pecado original y debiendo, en lo tanto, destruirse por la «Ciudad de Dios».

Á medida que la vida exterior del Estado se arruinaba de esta manera, debia crecer el respeto á la Iglesia y á la autoridad religiosa. No es maravilla, pues, que el poder eclesiástico se sintiese superior y, con las mejores intenciones, procurase hacerse valer como la autoridad suprema, de donde tenia que derivar su respetabilidad la del Estado. Y, sin embargo, habia en todo esto un grave error teórico é histórico: en este último respecto, porque una oposicion motivada y

justificada por la situacion temporal de entonces se queria que sirviese como absoluta norma para todas las circunstancias posteriores; y en el primer sentido, porque se confundia la idea general con la efectividad, constantemente limitada. La religion es idea divina, que expresa una relacion permanente de vida entre Dios y el hombre; pero no ménos lo son el Derecho y la justicia tambien, como fundados que están en el órden universal divino, en la coexistencia de los séres libres, mútuamente condicionales unos con otros y para otros. Ha recibido del Cristianismo la religion un órgano independiente en la Iglesia; mas tambien el Estado se ha venido á concebir, precisamente por el Cristianismo, como un órden de igual manera divino; y la verdadera idea del Derecho pondrá todavia más en claro este elevado carácter. Pero ambos, Iglesia y Estado, son manifestaciones temporales, acompañadas de muchos accidentes, de muchas imperfecciones y vicios, que nacen de la inmoralidad de hombres y pueblos y de la lucha de las pasiones. La Iglesia misma no puede pretender para sí sola una direccion privilegiada: ya que la Providencia de Dios abraza la vida humana *entera*, los Estados para el Derecho, las Iglesias en el sentimiento humano-divino que muestran; y todo lo dirige é impulsa por ese camino de la justicia y el amor. Iglesia y Estado son instituciones divinas; pero tienen por órganos hombres limitados, que pueden desviarse de la verdadera senda y caer de muchos modos en los errores y desórdenes de la vida individual y social. Ninguna de estas instituciones puede, por tanto, identificar su efectividad (tan variamente perturbada) con su concepto é ideal. A ninguna de ellas es dado tampoco sobreponerse á la otra; sino que sólo es lícito á entrambas protejer en mútua *independencia* y enlace *orgánico* el fin comun de la vida humana. Fué, pues, un error que la autoridad de la Iglesia solicitase levantarse sobre la del Estado, de lo cual

nació en la Edad media la larga lucha secular, que trajo á la Iglesia, á todas sus corporaciones y á todos sus órganos á una vida y á una pugna exterior y mundana, y que fué una de las principales causas de aquella multitud de vicios, que generalizaron el clamor de una reforma «en la cabeza y en los miembros.»

La *segunda época* del Cristianismo, la *Edad media*, hace valer el principio de *organizacion* y hace retroceder la libertad, tan viva en la primera época, donde la unidad del espíritu se llenaba de la verdad y del amor divinos. Constitúyense Iglesia y Estado en un paralelismo correspondiente: aquella, mediante la jerarquía; éste, mediante el feudalismo; ambos, sobre la base de la fidelidad y en una disposicion, que aseguraba para todos sus miembros derechos y obligaciones recíprocos. Cada gran época histórica se rige por una unidad principal. Ahora bien, la Edad media aspira, conforme á su carácter, á organizar exteriormente esta unidad en forma social. Pero, como ambas organizaciones mencionadas preexistian ya, intenta ahora cada una dominar á la otra. En particular, la Iglesia fué quien pretendió la supremacía, procurando apoyarla en falsas analogías (v. gr., las de el alma y el cuerpo, el sol y la luna). Aun en el conocimiento, recibió entonces la *forma* una mayor importancia, alcanzando en la Escolástica el organismo formal científico. El Derecho, sobre el cual habia ejercido el Cristianismo esencial influjo, ya desde los primeros tiempos, se hace ahora principalmente derecho constitucional y administrativo de la *Iglesia*, y el derecho canónico (cuyo cultivo comienza principalmente con Dionisio *el exiguo* († 536) y concluye con las llamadas *clementinas* (1313)—como *(Corpus juris canonici clausum)*, establece sobre todo las condiciones de la vida y de la actividad eclesiásticas y se apodera, en el orden especial privado, del matrimonio y la familia, bases de toda sociedad humana y civil, para multiplicar

y regular tambien en primer término sus formas. El espíritu originario del Cristianismo es indudable que ha ido debilitándose cada vez más por esta aspiracion á la organizacion y á la supremacía exteriores; las formas y vínculos externos ahogan el libre movimiento en las esferas de la indagacion científica, de la religion y de la vida del Estado. La personalidad y la libertad humana y civil perdieron sus derechos en esta constitucion eclesiástico-política de la Edad media; la Iglesia, secularizada, por decirlo así, no podia ocurrir al problema de moralizar la vida pública, que necesitaba volver á un principio más interno para reavivar sus fuentes, tanto á fin de renovar en la religion el espíritu cristiano, cuanto para prestar á la política una más exacta concepcion y una direccion más interna. Este principio se halló en la esfera eclesiástica cuando el general anhelo por una correccion «en la cabeza y en los miembros» no se satisfizo, produciéndose la *Reforma;* pero debiendo entenderse más ámpliamente, en cuanto constituye una nueva idea, que rige la vida humana en todas sus esferas y funda un tercer período de la Era cristiana.

La *tercera época*, pues, se determina por ese nuevo principio, que suele designarse con el nombre de principio de la *subjetividad* y que hace resaltar en el elemento de la *personalidad* humana, arraigado en el espíritu comprensivo del Cristianismo, la *libertad* intelectual y moral, con la civil y política, que en ésta se apoya, así como la Edad media habia aspirado á realizar el elemento de la organizacion formal. Pero el nuevo principio fué comprendido y practicado con no menor exclusivismo: de suerte que esta época y la Edad media son ambas expresiones, aunque parciales, completas y perfectas, de dos principios mantenidos en union durante la primera época del Cristianismo y que en esa union originaria habian mostrado la fuerza creadora y benéfica de éste;

así como en una ulterior composicion, plenamente concebida y depurada, reservada á una cuarta época, están destinadas á derramar sobre la Humanidad todas las bendiciones del verdadero espíritu cristiano.

El principio de la época moderna fué preparado por un movimiento filosófico más libre en los siglos XII y XIII; halló en la restauracion y práctica difusion por entonces del *derecho romano*, que ponia por norma la libertad subjetiva, una limitacion práctica; se fortaleció por el mejor estudio de las fuentes de la filosofía y la literatura helénicas, posible desde la toma de Constantinopla y la fuga de tantos sábios griegos; se inició al fin en la esfera religiosa y eclesiástica, tanto por la conciencia de una mayor libertad intelectual, cuanto por la tendencia al exámen del espíritu primitivo del Cristianismo, mediante una investigacion más profunda de sus fuentes; hasta que al cabo penetró tambien en la esfera de la vida civil y política. Este nuevo espíritu arraigó en el más íntimo y propio sér del hombre, en su libre personalidad; y se encaminó, áun en lo exterior, al exámen de la propia esencia interna de cada doctrina y de cada institucion práctica, así religiosa y eclesiástica, como jurídico-política.

Esta indagacion, referente al fundamento y orígen, á la idea, á lo esencial, tomó desde el principio una direccion estrecha, llevando á desconocer en todas las instituciones de la vida la importancia de la forma, organizacion y constitucion exteriores. Cierto que, en la Iglesia, se destruyeron así muchas cosas de este género: con lo que el elemento moral é interno de la religion resaltó más; pero destruyendo tambien el concepto de la organizacion eclesiástica en sí misma. Y pues nada en la vida puede existir sin una forma y figura, que las confesiones nuevamente nacidas no podian suministrar, se vieron forzadas éstas á apoyarse en otra organizacion

más fuerte, el Estado, que, en los países que se adhirieron á su doctrina, no sólo se arrogó un derecho de proteccion, sino hasta la direccion suprema de los asuntos religiosos. De esta suerte, el desarrollo del dogma y el culto se entrelazó de muchos modos con las opiniones que por entonces reinaban en los gobernantes; y si es cierto que la mayor libertad de la ciencia mantuvo vivas las corrientes del movimiento intelectual, lo es tambien que, careciendo de un punto sólido de apoyo, tanto en lo exterior, como interno, la entregaron más y más á ulteriores discordias y al cabo al individualismo subjetivo.

En el órden jurídico y político, entró algo más tarde el nuevo principio de la personalidad, que aspiraba á indagar *por sí, en sí* y áun *de sí* mismo los últimos fundamentos de la verdad en todas las esferas prácticas, despues que los fundadores de la filosofía moderna, Bacon, y en especial Descartes, le hubieron dado un firme punto de apoyo con el nuevo método filosófico. Ante todo, el órden jurídico-político, no sólo en los países protestantes, sino tambien, y á consecuencia de las nuevas aspiraciones generales del espíritu, en los pueblos católicos, recibió mayor independencia, aunque á la par un carácter más exterior. La nueva disciplina del «Derecho natural» dió á esta tendencia firmeza científica. Pero despues que la ciencia filosófica del Derecho, desde Hugo Grocio á Tomasio, se hubo apartado, no meramente de la autoridad de la Iglesia, sino de la religion misma y hasta de la moral al fin y al cabo, Derecho y Estado debian tomar un carácter cada vez más externo y puramente formal. Estas ideas fueron muy favorecidas, en general, por la *antigua* idea del Estado, renacida con el estudio de las literaturas griega y romana, y que lo consideraba como una comunidad cerrada y que se basta á sí propia; y especialmente, en el Imperio aleman, por el derecho *romano*, que allí logró validez comun y que en el órden privado realzó el concepto del

completo predominio del indivíduo y de su soberana arbitrariedad, y en el Estado, el principio de su omnipotencia; divorciando ambas ramas de los bienes objetivos de la vida y en gran parte hasta de la moral. Agregóse á esto un gran acontecimiento político: la *revolucion inglesa*, que ya por entonces estableció teorías de libertad muy ámplias y que condujo á los primeros establecimientos coloniales en la América del Norte. Finalmente, á todo esto se asoció la nueva tendencia del espíritu, que do quiera, en la esfera de la pura indagacion, como en la organizacion y las instituciones prácticas de la vida, aspiraba á concebir lo esencial en su *idea*, y que, en lucha contra las formas existentes y á esta idea desconformes, produjo la desestima de todas ellas; y en el Derecho en general, en parte disminuyó extraordinariamente el formalismo, en parte favoreció la informalidad y muy especialmente hizo alimentar más tarde, en la esfera pública, la opinion de que los principios ideales tienen ya en sí un derecho absoluto para realizarse, y las formas existentes, como tales, absolutamente ninguno.

La conversion de todo el contenido objetivo de la vida en la opinion y albedrío subjetivos realizó efectivamente estos temores. Pues si los bienes de la vida, fundados en nuestra naturaleza divino-humana, no se cultivan bajo un sentido comun, como fines sociales y en cuerpos é institutos organizados, sino que todo ha de ponerse en manos del arbitrio individual, la comunion de los hombres entre sí no podrá pensarse sino como un órden externo, mantenido por vínculos puramente formados para el fin de su mera coexistencia; cada indivíduo se moverá en un círculo biológico y jurídico completamente cerrado, cuyos límites exteriores habrán de trazarse, por respecto á los otros círculos coexistentes, segun determinados hechos, reanudándolos luego entre sí tambien exteriormente. La idea de una comunidad de vida, fundada

en la naturaleza de la Humanidad, no en la mera voluntad subjetiva, y que exije jurídicamente, á más de la coexistencia, la asistencia mútua, una como providencia social, comunidad que ha de organizarse para el cumplimiento de estos fines en una red de sociedades orgánicamente entrelazadas, debia oscurecerse, y sustituir do quiera, en lugar de este organismo vivo, un simple mecanismo formal. Así llegaron al punto, en la esfera jurídica privada, á darse la mano el derecho romano y el Derecho natural, ambos sobre el mismo principio de independencia del indivíduo y de mera libertad exterior, así como de la preponderancia de la forma sobre la esencia, que le sirve de base; sepultando y disolviendo gradualmente los órganos sociales existentes en el derecho germánico, y en los cuales, desde las corporaciones hasta las relaciones de propiedad, no se concebia cosa alguna, como exteriormente nuda y aislada, sino en mútua condicionalidad con todas. Agregóse tambien á esto la constitucion de una *Economía nacional* (1), fundada en iguales principios; y todos estos nuevos factores juntos dieron á la *revolucion francesa*, producida por vicios radicales internos, la tendencia que, á pesar de algunas de sus fases, recibió completa y sólida expresion en el *Código* de Napoleon y en todo el órden social económico.

Verdad es que, desde entonces, ha ganado el indivíduo para su persona, así como para su fortuna, una mayor libertad, provechosa para la circulacion y aumento general de la riqueza; pero tambien lo es que, divorciado aquel de todo vínculo ético y orgánico, el egoismo, la disolucion de las fuerzas y bienes se vieron sobre toda ponderacion favorecidos. Segun este nuevo principio, la sociedad política es sólo una masa de indivíduos aislados, adhe-

(1) V. las págs. 188 á 191.

ridos por vínculos exteriores, y que se dirige cada uno hácia su propio interés por su libre voluntad. Todos los lazos corporativos y éticos se han disuelto. Los indivíduos, los átomos de la sociedad, han de unirse por fuerzas exteriores mecánicas en un *cuerpo* político, para cuyo fin se han fraguado diversas clases de mecanismos, donde la voluntad, ora de un indivíduo, ora de la masa, ora de un cuerpo exteriormente interpuesto (la Representacion), ora todas estas cosas compuestas y combinadas entre sí, han de decidir. Así, la vida entera del Estado se ha hecho formalista, mecánica y abstracta; y, divorciada de los principios esenciales, cualitativos y éticos, que debian ser su alma, ha llegado á determinarse por meras relaciones cuantitativas de fuerza y poder.

En suma, el materialismo es el que ha venido á aplicarse, aunque con ciertas atenuaciones, á la vida política, especialmente en Francia, hallando su expresion final en el socialismo político francés (1), que, hastiado de las cuestiones políticas, puramente formales y vacías, queria llegar al fondo, y aspiraba á hacer del Estado una institucion directa y material para cuidar de la prosperidad pública. Verdad es que, en los Estados alemanes, hasta los últimos tiempos, el espíritu germánico, adverso al mecanismo y atomismo en la vida y en el Derecho, opuso resistencia á esta disolucion de relaciones y, especialmente en el derecho privado, al modo abstractamente lógico de tratar importantes instituciones jurídicas: resistencia apoyada por la escuela germanista. Pero do quiera falta todavia la consideracion del valor relativo de las oposiciones históricas hasta hoy en el desarrollo de la vida, así como el reconocimiento de que estas oposiciones sólo mediante superiores principios pueden

(1) Sobre el materialismo, como una de las causas de este socialismo por el Estado, ó socialismo político, véase mi *F. del D.*, 4.ª ed., pág. 142.

concertarse en la fundacion de nuevas formas biológicas y jurídicas. A nadie que se halle algo enterado de nuestro presente estado intelectual y moral, se ocultará que las fuerzas intensas y los resortes del órden social están paralizados y aun en parte rotos, y que sus vínculos esenciales no pueden subsistir en pié, sino merced á una fuerte coaccion exterior. Por esto no puede órden alguno pretender una larga duracion. De lo cual nace un problema, que no puede resolverse por débiles transacciones y combinaciones externas, sino solamente abriendo y reanimando las fuentes superiores de la vida. El conocimiento nos apremia cada vez más para que la tendencia subjetiva, iniciada tres siglos há é introducida en todas las esferas de la vida, concluya de una vez con sus últimos errores, y se reemplace, no con una nueva oposicion, con otra direccion igualmente parcial; sino por el concierto real y verdadero que, por medio de principios superiores, éticos y orgánicos, concilie las oposiciones todavia reinantes, fortifique todos los elementos del presente y del pasado, y merced á una concepcion más profunda de todos los principios humanos de la vida, abra camino á una lenta, pero por lo mismo más firme y mejor ordenacion de las relaciones sociales. Este es un problema, cuya solucion ha de ocupar á la cuarta época.

La *época cuarta*, todavia por venir en el desarrollo de las condiciones sociales y políticas, habrá de señalarse necesariamente por su carácter *ético* y *orgánico*. Toda la evolucion histórica ha mostrado que las doctrinas jurídicas, políticas y sociales se han formado constantemente bajo el influjo de una concepcion ética y de las tendencias del espíritu de su tiempo. Derecho y Estado no son propios fines en sí; ordenan sólo las relaciones recíprocamente condicionales de la vida, al modo y en la medida como es comprendido en cada tiempo el fin principal del hombre. Pero este fin, el sentido y la

significacion de la vida humana, tienen la más íntima conexion con la concepcion religiosa y moral: como tambien las fuerzas y tendencias de manifestacion de la vida son á su vez determinadas por la moralidad y la religion.

La primera reforma esencial del Derecho y el Estado, en la esencia de la vida, sólo puede, por tanto, producirse mediante la íntima sujecion á un espíritu moral y religioso, superiormente elevado, fortalecido y depurado. Muéstrase en esto el *Cristianismo* como el poder vital, que, si antes salvó á la Humanidad de la más profunda corrupcion, conduciéndola á mejor término por el camino de su desarrollo, con ayuda de las fuerzas despertadas por él en el espíritu, mostrará tambien en el porvenir su fuerza divina, todavia en alto grado, quizá el más alto posible. Este espíritu cristiano, que constantemente ha flotado sobre las discordias confesionales, purificará, cada vez más, tambien las mismas confesiones particulares y dirigirá de nuevo la fé y el amor, eficaz y activamente, á las esferas éticas de la vida. Nuestros tiempos, en que el egoismo ha producido una creciente ruptura de los vínculos morales y un interior desvío y alejamiento de los hombres entre sí, requieren, por esto mismo, semejante manifestacion de amor, religion y moralidad, tal como la tuvo el Cristianismo contra el egoismo pagano, hallando para todos los vicios remedios é instituciones salvadoras (1). Este problema ha de dilucidarse, mediante el reconocimiento más exacto de que el Derecho y el Estado no son meras esferas

(1) Excelentes consideraciones contiene en este respecto el libro del diácono Dr. H. Merz, *La pobreza y el Cristianismo: cuadros é indicaciones sobre el comunismo y socialismo cristianos* (*Armuth und Christenthum: Bilder und Winke zum christlichen Communismus und Socialismus*, Cotta, 1849). Sólo que, sin razon, el autor asocia el Cristianismo, no en realidad, pero sí en el título, con dos aberraciones importadas del extranjero, y que no son más que la caricatura de algunas ideas exactas.

de libertad abstracta, sino instituciones éticas tambien, que facilitan en los diversos círculos de la vida el bien de todos sus miembros; y que la actividad del Estado debe protejer y ayudar de muchos modos á la privada (1).

Pero este superior espíritu religioso y moral necesita ante todo de una indagacion científica, verdaderamente *filosófica:* porque en la mente humana, el conocimiento y la conviccion propiamente alcanzada forman una condicion esencial de la firmeza interior y de la hábil actividad externa. La filosofía, en verdad, ha entrado muchas veces en malos senderos; pero aquello en que ha errado y de que se ha hecho culpable no puede rectificarse y repararse en bien, ante todo, sino por ella misma. La verdadera filosofía, confirmando la conocida expresion de Bacon, llevará siempre al espíritu humano hácia *Dios*, no como mera alma del mundo, sino como *Providencia* consciente, que gobierna la vida de la Humanidad; y propondrá á los hombres en todas direcciones una tendencia moral, que en la religion, como el vínculo personal de vida con Dios, recibido en el ánimo, alcanza su mayor firmeza. Esa verdadera filosofía no puede, por tanto, hallarse en contradiccion con creencia alguna que se apoye en las superiores revelaciones de Dios en la historia. La filosofía y la fé religiosa se completan recíprocamente y no pueden sustituirse entre sí. La recta indagacion filosófica es de suma importancia para nuestro tiempo: porque la direccion de la vida desde hace tres siglos iniciada viene determinada predominantemente, sin que sea posible desatenderlo, por el conocimiento, el saber, la conviccion. Se aspira á propia certeza científica y, ya que no á una prueba directa de la fé, por lo ménos á la seguridad de que no contradice al conocimiento racional.

(1) V. las págs. 82 y 83.

De acuerdo con esta superior tendencia filosófica, debe constituirse cada vez más una *Filosofía del Derecho*, que nada puede reemplazar y que muestre á aquel en íntima conexion con todas las relaciones éticas de la vida, desenvolviendo á la par las bases de una legislacion jurídica progresiva y orgánica.

El nuevo espíritu debe especialmente manifestarse, ya en un porvenir próximo, y para dar unidad al creciente divorcio entre aquellas relaciones, como un poder reorganizador de la legislacion, tanto en la esfera privada como en la pública. En muchas de estas esferas, tienen que hacerse valer principios jurídicos superiores, mediante los cuales, la *libertad personal*, alcanzada en el derecho romano, y la *organizacion* de todos los factores de la vida, que sirve de base al germánico, se enlazarán entre sí, compensándose la *subjetividad* de los tiempos modernos con la *objetividad* de la época precedente. Para todas las relaciones y funciones de la sociedad, que no pertenecen de un modo inmediato á la esfera de accion del Estado y no han de ser sino apoyadas y protegidas por él; especialmente en el dominio tan importante del comercio y la industria, así como para los fines superiores morales de humanidad y beneficencia, habrá de formarse, en parte, como continuacion y segun la imágen de las antiguas corporaciones, en las cuales el elemento industrial y el moral se enlazaban íntimamente, un *organismo* de *asociaciones*, que en la tendencia á un mismo fin, reanimará el *sentido de la comunidad*, cada vez más amortiguado, el espíritu de conciudadanía y la conciencia en cada cual de que, como miembro de una *clase honorable*, tiene que llevar una vida rectamente moral.

El *Estado* ha de reconocer la especialidad, pero tambien la importancia ética de su fin. No puede identificarse con la sociedad. El Cristianismo, que fué quien primero elevó al

hombre sobre el ciudadano, ha dado tambien al Estado como sociedad civil otra posicion, enteramente, por respecto á la sociedad humana, sociedad que cumple todos los fines de nuestra naturaleza. El Estado no ha de limitarse, sin embargo, meramente á la proteccion exterior, sino que debe regular y ordenar para su recíproco auxilio y provecho todas las relaciones de la vida en su mútua condicionalidad: tanto ayudándolas positivamente, como tambien impidiendo y limitando; pero asegurando en todas las esferas sociales la libertad jurídico-moral, que atiende á las condiciones de la vida comun y sin la cual no es posible progreso alguno científico y práctico, ni verdadera moralidad en la vida. Cierto que el Estado, en lo por venir, declinará ciertas funciones de que hoy se encuentra todavia encargado, como tútor jurídico de aquellos círculos biológicos y sociales, que no han llegado aún á sustantiva madurez é independencia, confiándolas á otras corporaciones y órganos, mediante lo cual elevará la propia actividad de sus miembros, en bien y provecho del todo; pero siempre permanecerá siendo el poder de proteccion jurídica, ordenador, limitador y favorecedor del bien, mediante la actividad correspondiente.

La *sociedad* humana debe cada vez más irse constituyendo como un completo organismo ético, en el cual existan instituciones para todos los fines comunes de la vida, dotada cada una de relativa independencia y omnilateralmente enlazada con las restantes. En esta organizacion social, debe concordarse verdaderamente la anterior oposicion entre el órden objetivo y la libertad subjetiva. En las comuniones del Estado y la Iglesia, en las asociaciones de la vida científica, artística é industrial, ha de enlazarse íntimamente el principio de un órden divino, inherente en las relaciones mismas, con el principio, igualmente fundado en Dios y que debe ga-

rantizarse en formas protectoras, de la personalidad y de la libertad. La vida social entera sólo se elevará y progresará en la medida en que sus fuentes superiores—la religion, la moralidad, el Derecho, la ciencia y el arte,—en íntimo concierto y mediante la libre direccion de las fuerzas del espíritu, interiormente fortalecidas, se abran cada vez más rica y profundamente en el ánimo de los indivíduos y de los pueblos.

---

## SECCION SEGUNDA (1).

### Historia jurídica y política de los principales pueblos civilizados, y en especial de los romanos y de los germanos.

#### Preliminar.

La historia del Derecho sólo podrá llenar su verdadera mision, cuando se amplíe á ser historia jurídica universal. Aunque el derecho de ciertos pueblos civilizados, merced á su interior valor ó á su importancia práctica para el pre-

(1) El autor, no obstante que más arriba hace proceder del Oriente la *segunda* época de la historia del Derecho, nada dice aquí de la primera, y hasta se cree obligado á legitimar la inclusion en aquella de los pueblos orientales, cosa que hoy, por fortuna, puede considerarse innecesaria, puesto que ya conocemos esa civilizacion lo bastante para que por todos se estime su valor é interés en la obra de la vida humana.

Y no es maravilla que esto suceda, cuando los descubrimientos de Asiria y Egipto, y más aún los progresos de la ciencia pre-histórica, han hecho retroceder de tal manera los que se consideraban comienzos de la civilizacion, que, más allá de la de Oriente, encontramos una época tradicional; y más allá aún, otra que nos van mostrando la Geología y la Paleontología; no siendo fácil deslindar estas tres épocas. Puesto que si, de un lado, las edades arqueolítica y neolítica están separadas por abismos de la tradicional; de otro, ésta se confunde en parte con la de los metales; y de igual modo, en todos los pueblos, encontramos los tiempos históricos precedidos por los tradicionales, pero sin que pueda trazarse rectamente la línea de division. Más aún; es un prejuicio suponer que la Humanidad toda comenzó de esa suerte y al mismo tiempo su vida; que toda ella continuó avanzando y toda está hoy en un mayor é igual grado de adelanto: puesto que hoy mismo es posible contemplar todos los grados de civi-

sente, merezca principal estudio, no está meramente el concepto de la historia en abrazar al objeto desde los comien-

---

lizacion, desde el primitivo que nos muestran las tríbus más salvajes hasta el que alcanzan los pueblos más cultos; y hasta dentro de cada uno de éstos puede distinguirse esa misma escala de progreso, yendo desde la aldea á la capital; desde el pastor záfio, que pasa su vida en el monte, sin comunicar apenas con las gentes, hasta el hijo genuino de nuestro siglo, cuyo espíritu, abierto á todas las influencias, se educa omnilateralmente, vive del presente y del pasado, señalando así la última etapa del desenvolvimiento histórico.

Por esto, precisamente, despierta hoy vivo interés el estudio de estos dos nuevos capítulos añadidos á la historia universal del Derecho: el *derecho pre-histórico* y el *derecho primitivo*.

En cuanto al primero, poco puede decirse todavia. Lo que sobre él se aventura por algunos escritores se funda en la asimilacion de la vida de los pueblos más salvajes de hoy con la que debió hacer el hombre en los tiempos remotísimos á que se refieren los descubrimientos hechos por geólogos y paleontólogos; y es menester suma discrecion al establecer estas analogías, entre otras razones, porque equivale á resolver de plano una cuestion gravísima, cual es la de si el actual modo de ser de los pueblos salvajes es comienzo de civilizacion ó decadencia y retroceso de ella.

Esta asimilacion la hacen con preferencia los escritores de la escuela positivista, atentos á demostrar cómo, lejos de tener el hombre una naturaleza *propia* y *esencial*, siempre igual y la misma, se ha ido formando en el tiempo mediante la adquisicion sucesiva de propiedades; y de aquí su tenaz empeño en probar que ha habido y hay pueblos ó tríbus extraños á las ideas de Dios, del honor, de la justiria, etc.: ó lo que es lo mismo, que sean desconocidos para ellos ciertos fines de la actividad que consideramos esenciales, como la religion, la moral, el Derecho, etc. Por lo que hace á éste, que es el que aquí nos interesa, no es posible dejar de reconocer su existencia entre las tríbus salvajes, ni de inducirla de los descubrimientos pre-históricos respecto de los comienzos de la vida humana. Basta examinar las observaciones de los historiadores y viajeros relativas á aquellos, para ver que hay ciertamente abismos entre la organizacion que entre los mismos alcanzan la familia, la propiedad, el Estado, etc., y el modo como estas instituciones lo están en tiempos posteriores y más aún en los actuales; pero el hecho mismo de compararlas arguye una base comun y acusa su existencia, que es lo que para el caso importa. Y en cuanto á aquella civilizacion, cuyo carácter comenzamos á

zos de su desarrollo; sino que es exigencia general humana la de que una idea, que penetra tan profundamen-

conocer por los vestigios que ha dejado enterrados en las capas de la tierra, no encontramos ciertamente pruebas directas de la vida jurídica, como se hallan respecto de la económica, la industrial y la religiosa, en los toscos instrumentos de piedra, en las conchas agujereadas con que hacian sus collares, en las imperfectas líneas que trazaban en las piedras para adornarlas, y en esos restos de sepulturas, cuyos accidentes muestran la creencia en la inmortalidad desde los tiempos más remotos; pero esos enterramientos, las armas ofensivas y defensivas y las habitaciones lacustres, que llegaban á constituir pueblos enteros, acusan la vida social y con ella la existencia del Derecho, cuya naturaleza no consiente que se muestre en monumentos de la índole propia de aquellos tiempos.

El que hemos denominado *derecho primitivo* se encuentra en muy otro caso, sobre todo desde la aparicion de los conocidos libros de Sumner Maine *(Ancient law)* y Fustel de Coulanges *(La cité antique)* (a).

Ante todo, estos estudios han venido á confirmar históricamente lo infundado del llamado estado ante-social y del nacimiento de la sociedad mediante un *pacto:* puesto que, en todas partes, se encuentra constituida aquella en la *familia*, que es á la vez altar, taller, escuela, tribunal, etc., y sobre la que se vá formando la tríbu, nómade ó sedentaria, cazadora ó pescadora, agricultora ó pastoril. Muéstrase asimismo que con aquella, y por tanto con el hombre, nace el Derecho, el cual no es por consiguiente algo que surja como consecuencia del pecado, segun suponen los tradicionalistas, ó merced á la evolucion, como los positivistas pretenden. ¿Es su primera fuente la ley, la costumbre, ó el juicio? Nadie sostiene lo primero, porque la ley es fruto de un trabajo reflexivo, impropio de tales tiempos; los más sostienen la primacía en el tiempo de la costumbre, estimando con razon que es la fuente natural en los albores de la civilizacion, porque el Derecho es antes vivido que conocido; y algunos, como Sumner Maine, estiman que el juicio ó sentencia del padre ó patriarca, inspirado por la religion, fué la primera fuente, olvidando que aquellos suponen una regla jurídica pre-existente, que no ha podido ser creada sino por la costumbre.

El Derecho presenta en esta edad los siguientes caractéres generales: *primero*, puede decirse que todo él es derecho de familia, porque ésta lo es entonces todo, es la unidad ó elemento primordial

(a) El primero ha sido trad. al fr. por M. Courcelle-Seneuil, con el título de *Le droit ancien* (1874); y el segundo, al español por D. P. de Santiago y Perminou en 1876.

te la vida de los pueblos, como la del Derecho y Estado, se conciba y exprese tambien como un principio esencial de

---

de la sociedad, así como, formando contraste con tal modo de ser, lo es hoy el indivíduo, predominantemente; *segundo*, que, segun ha puesto de manifiesto Fustel de Coulanges, la religion de la familia es un dato tan esencial en aquella vida, que sin él es imposible darse cuenta de la misma; y *tercero*, que el derecho es sóbrio, ceremonioso y sobre todo simbólico, pues que, como ha dicho Michelet, entonces "la mano trasmite, la boca confirma, el oido atestigua, el beso sella, el pié toma posesion."

Si atendemos ahora al modo de ser de cada una de las instituciones jurídicas, encontraremos: respecto del derecho de *personalidad*, que, absorbido el indivíduo en la familia, su condicion está completamente determinada por el *status*, no comprendiéndose apenas esta vida individual que el hombre efectúa hoy en el seno de la sociedad, en la que por lo mismo ha adquirido tanta importancia el *contrato*; respecto del derecho de *propiedad*, que ésta nace y comienza, siendo social, no individual, puesto que lo único sustantivo es la familia; respecto del derecho de ésta, que se muestra fuertemente organizada con un carácter religioso manifiesto y basada en el absolutismo de la potestad del padre, que es sacerdote, juez, legislador, jefe, etc., de esta sociedad, cuya continuidad determinaba la preferencia de la agnacion sobre la cognacion y la sumision de la mujer, y la cual es una condicion tan esencial de la vida, que por eso nace la adopcion, como medio de dar hijo al padre que no lo tiene, ó al contrario; respecto del de *obligaciones*, que los contratos tienen escaso valor en una sociedad en que todo está regulado por el *status*, y los que se celebran revisten el carácter de tratados entre familias, y de aquí su naturaleza solemne y formularia; respecto del *penal*, que resulta lógicamente confundido el delito con el pecado, pues que el padre castiga el uno como juez; el otro, como sacerdote, y la pena reviste por necesidad carácter expiatorio; respecto del *procesal*, que el jefe de la familia y más tarde de la tríbu, es el único juez, el cual hace efectivo un derecho consuetudinario, reobrando sobre él por el valor moral y religioso de sus sentencias; y respecto del *político*, que el padre asume todos los poderes, naciendo así la monarquía patriarcal, hasta que, formada la tríbu sobre las familias, los jefes de éstas lo comparten con él, salvo donde se crea una clase sacerdotal que se lo atribuye.

Resulta, en suma, que en esta edad encontramos, siquiera sea en gérmen, los comienzos de todas las instituciones jurídicas; que, en cierto modo, todo el Derecho es derecho de familia; que aparece predomi-

civilizacion en sí y en relacion constante con el desarrollo total de la vida de las naciones (1). De semejante historia del Derecho (2), jamás pueden ser excluidos los pueblos de

---

nante en la vida el elemento comun ó social sobre el particular ó individual, al contrario de lo que hoy acontece; y, finalmente, que por esta circunstancia despierta en la actualidad vivo interés la historia jurídica de esos tiempos primitivos, puesto que no hemos de buscar en verdad en ellos el ideal del Derecho, pero sí importa tener en cuenta sus caractéres y elementos á la sociedad actual, que aspira á llevar á cabo la composicion de todos los que han ido apareciendo en el pasado con los que llevan consigo las exigencias de la civilizacion moderna.—(A.)

(1) Lo que dice SCHILLER en su discurso inaugural: «Qué se llama Historia universal y con qué fin se estudia» vale tambien, en lo esencial, respecto del estudio de la Historia universal *jurídica*. La primera obra importante, que se distingue por la erudicion y por lo elevado de la concepcion, es la de PASTORET (el primero que, segun tengo entendido, ocupó en el Colegio de Francia la cátedra, única en Europa, de «Historia comparada de la legislacion»): *Histoire de la législation*, en 11 vol., de 1817-1837: libro que, sin embargo, sólo abraza las legislaciones de los principales pueblos de Ásia y África, Grecia, Sicilia y los Etruscos.—Entre los tratados de materias particulares, deben notarse ante todo: E. GANS, *El derecho de herencia en su desarrollo histórico-universal (das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwickelung*, 4 vol., Berlin, 1824-1835): primer ensayo meritorio, aunque en ciertos respectos defectuoso, para penetrar filosóficamente una materia positiva.—V. además LABOULAYE, *Hist. de la propriété en Occident* (1839), Memoria premiada por la Academia de Inscripciones de Francia y *De la condition civile et politiqûe des femmes depuis les Romains jusqu' á nos jours*, 1843; UNGER, *El matrimonio en su desarrollo histórico-universal (die Ehe in ihrer welthistorischen Entwickelung)*, Viena, 1850; LAURENT, *Histoire du droit des gens*, Gante, 1850, 3 (*a*) volúmenes (en los cuales sólo se trata la antigüedad). El libro de POUHAËR, *Essai sur l'histoire générale du droit*, 1849 (que hasta hoy no conozco), lo califica WARNKÖNIG de poco satisfactorio.

(2) Pueden consultarse tambien, como historias generales del Derecho, la *Política de las leyes civiles ó Ciencia de las legislaciones comparadas* (francés), por el Baron F. de PORTAL (en publicacion), y

(*a*) Comenzó á publicarse con este título; pero luego concluyó de ver la luz en 1869, con el de *Études sur l' hist. de l' humanité*, en 18 vol., de los cuales han aparecido ya 7, traducidos al español por D. Gabino Lizarraga.—(*N. T.*)

Oriente. Cierto es que aquel principio no alcanza en ellos una posicion verdaderamente sustantiva en la sociedad; pero por lo mismo que en nuestro tiempo es tan usual, al contrario, considerar al Derecho de una manera abstracta de por sí, es tanto más conveniente que abrace tambien la ciencia aquellos estados de cultura, donde él aparece todavia en íntimo consorcio con todo el órden moral de las naciones. Por esto, se trata principalmente en los pueblos orientales de señalar el *lugar* del Derecho en el *todo* de la cultura moral y como *resultado* de esta misma. Profundizar más en las insti-

---

la *Historia del Derecho* (ital.), por F. PEPERE, de la cual sólo han salido á luz los tomos correspondientes á Oriente y á Grecia. En cuanto á esferas particulares del Derecho, pueden añadirse á las citadas por el autor: la *Historia de las clases sociales* (fr.), de Enrique DUMOT; el *Ensayo sobre la formacion del tercer estado*, de Agustin THIERRY; la *Historia de la propiedad territorial de España*, de Don Francisco de CÁRDENAS, á la que precede una introduccion sobre los orígenes y principales vicisitudes de aquella en los pueblos antiguos y en la Europa moderna; el *Estudio de la condicion jurídica de la mujer* (fr.), de Pablo GIDE; las obras sobre *legislacion municipal*, de BÉCHARD, RAYNOUARD, LEBER, GNEIST etc.; las de *derecho internacional*, de FOELIX, HEFFTER, MARTENS, KLÜBER, FIORE, BLUNTSCHLI, HAUTEFEUILLE, WHEATON, etc.; las *Leyes penales* (fr.), de PASTORET; el *Curso de legislacion penal comparada* (id.), de ORTOLAN; la *Historia del derecho criminal* (id.), de Alberto DU BOYS; *Los crímenes y las penas en la antigüedad y en los tiempos modernos* (id.), de Julio LOISELEUR; el *derecho penal estudiado en sus principios, en los usos y en las leyes de los diferentes pueblos del mundo* (id.), de TISSOT; el libro de MEYER: *Espíritu, orígen y progreso de las instituciones judiciales de los principales países de Europa* (id.); *El derecho político en la antigüedad* (al.), de HÜLMANN; la *Historia de la soberanía ó cuadro de las instituciones y de las doctrinas políticas comparadas* (id.), de Alfredo SUDRE; los *Estudios sobre las Constituciones de los pueblos libres* (id.), de Sismonde DE SISMONDI, etc., etc. Además, en las *Enciclopedias* y en las *Historias* del derecho de cada país, se encuentran naturalmente datos referentes á cada esfera de la legislacion; y las obras de carácter filosófico-histórico como las conocidas de MONTESQUIEU, FILANGIERI, C. COMTE, etc., contienen numerosos hechos de esta clase.—(A.)

tuciones y determinaciones jurídicas especiales, seria tambien de grande interés; pero faltan hasta hoy trabajos prévios de pormenor, que, apoyándose en el conocimiento más profundo que de la cultura de esos pueblos se ha alcanzado en los tiempos modernos, pudieràn dar una historia jurídica, no aislada de la total direccion biológica de cada uno, sino en íntima relacion con ella.

En esta ojeada enciclopédica, se debe, por tanto, exponer la concepcion jurídica de los pueblos orientales sólo como un *producto* de su total concepcion ética de la vida; mientras que, por el contrario, la historia jurídica romana y germana debe exponerse algo más detalladamente; desenvolviendo y estimando, al final, en sus rasgos capitales, el carácter fundamental que domina en estos dos períodos (1).

---

(1) Sobre el derecho primitivo y, en general, sobre su elemento simbólico y poético, V. á Vico, *Scienza nuova*; Grimm, *De la poesía en el Derecho (Von der Poesie im Recht)*; Dümge, *Simbólica de los pueblos germánicos en algunas costumbres jurídicas (Symbolik der germ. Völker in einigen Rechtsgewohnheiten)*; Ryscher, *Simból. del der. germ. (Symb. der germ. R.)*; Creuzer, *Simbolik*; Michelet, *Origines du droit français, cherchées dans les symboles et formules du droit universel*; Chassan, *Essai sur la symbolique du droit et la poésie du droit primitif*; Altesserra, *de fictionibus juris*; Th. Braga, *Poesia do direito*; Fustel de Coulanges, *obra cit.*, etc.—V. tambien: Costa, *Tratado de Política... sacado de los refraneros, romanceros y gestas de la Península*, art. 1.° (*Rev. de España* del 13 de Dic. de 1876.)—(A.)

# TÍTULO PRIMERO.

## Sumaria ojeada sobre la concepcion jurídica de los pueblos orientales.

### CAPÍTULO PRIMERO.

#### DESENVOLVIMIENTO DE LA CULTURA DE LOS PUEBLOS ORIENTALES EN GENERAL (1).

Entre los pueblos del Oriente, resaltan sólo, como órganos de la civilizacion humana, aquellos que, de una parte, pertenecian por la lengua, carácter que indica íntimamente su parentesco, á la llamada familia *indo-europea* (2) (arios), como son los indos, bactrianos, medos, persas, germanos, griegos, romanos, eslavos y, verosímilmente, tambien los

(1) Entre las obras en que se trata especialmente de la civilizacion oriental, deben mencionarse: WACHSMUTH, *Hist. de la civilizacion (Culturgesch.)*, t. I, 1850; LOEBELL, *Bosquejo de Hist. universal (Weltgesch. in Umrissen)* t. I, 1846 (por desgracia, interrumpida); y singularmente Máximo DUNCKER, *Hist. de la antigüedad (Gesch. des Altersthums)*, 2 vol., 1851-53 (*a*), en la cual se retrata la cultura entera de la vida. Las obras referentes á cada pueblo en particular se indican en los lugares respectivos.

(2) "Indo-europeas" es mejor expresion que la de "indo-germánicas" que, sin razon alguna, suelen usar los escritores alemanes: véanse, por ejemplo, las obras de Pott, Haug, etc., que en varias notas se citan. Sobre esta cuestion, véase D. Pezzi, *Introduzione alla scienza del linguaggio* (1875.)—(*N. T.*)

(*a*) Traducida al español, de la 4.ª edicion, por D. Alejo García Moreno y D. F. Rivero (1875-1877).—Además, deben citarse las obras de Rémusat, Burnouf, Heeren, Klaproth, Malcolm, Lenormant, Maspero, etc., etc.—(A.)

celtas (difícilmente (1) los antiguos iberos); y de otro lado, los principales que pertenecen á la familia *semítica:* babilonios, sirios, hebreos, fenicios, cartagineses, árabes, lidios, como, probablemente, los antiguos asirios y los antiguos egipcios. Estas dos razas de pueblos se han extendido desde sus diversos asientos, se han cruzado y mezclado por diferentes modos en Asia, África y Europa y han llegado á ser los conductores de la civilizacion. Los pueblos *mongoles*, por el contrario, con excepcion de los chinos (que, si bien efectivamente pertenecen á esta raza, ocupan en ella el más alto grado) han fundado casi sólo, como hordas guerreras, dominaciones más ó ménos transitorias. Y los pueblos *negros*, que ciertamente aun entre sí son muy distintos, desde las tribus inferiores hasta los llamados «negros blancos», ofrecen importantes gradaciones en la susceptibilidad y receptividad de cultura, sobre las cuales la gradual exploracion del interior de África dará todavia muy importantes conclusiones; pero no han ejercido, en la historia conocida, influjo alguno en los progresos de la Humanidad (2). De aquí, que sólo tenemos que considerar los más importantes pueblos de las familias indo-europea y semítica y los chinos.

Los pueblos indo-europeos, cuyos lenguajes tan estrecho parentesco tienen, que deben considerarse como hijos nacidos de una comun lengua madre, que ya no existe (3),

(1) Sobre los iberos, los tiempos y habitantes prehistóricos de España, pueden verse: MACPHERSON (G.), *Los habitantes primitivos de España* (Madrid, 1876); TUBINO, *Aborígenes ibéricos* (1876) y COSTA, *Cuestiones celtibéricas* (Huesca, 1877).—(*N. T.*)

(2) Sin razon, olvida el autor en esta enumeracion y clasificacion á los pueblos americanos; pues, si luego los cita, es sólo incidentalmente.—(*N. T.*)

(3) V. sobre este punto la primera obra capital, que es la de BOPP, *Gramática comparada del sanscrito, zendo, griego,* etc. (*Vergleichende Grammatik des Sanskrit, Zend, Griechischen, u. s. w.*) 1833-52,

han debido tambien originariamente vivir juntos en unas mismas comarcas. Los más antiguos escritos de los indos y del antiguo pueblo zendo indican la vertiente oriental del Himalaya, donde ellos llevaban el nombre, tambien comun, de «raza aria (1)», y desde donde probablemente emigraron, merced á su gran aumento, aun quizá, como expresamente se dice en los libros zendos, al enfriamiento posterior del clima en las montañas, y quizá tambien merced á interiores disturbios. Hácia el lado occidental, se dirigió una tríbu aria, que poseyó el valle fecundo del Indo (Sindhu, esto es, corriente) y sus cinco afluentes (Pendyab), se fué encaminando luego más al Occidente, hácia el Ganges superior y central, y por último, hácia el Sur (Decan); otra tríbu, el antiguo pueblo, que hablaba la lengua zenda, se extendió gradualmente más al Este, hácia la Bactriana, la Media y la Persia. Vinieron á Europa, si hacemos abstraccion de los iberos, en diversas direcciones: De un lado, los celtas (con el druidismo) empujados ellos á su vez hácia la Bretaña, las Galias y la España, donde se mezclaron con los iberos, que habitaban ya allí; y de otra parte, los antiguos ítalos y los griegos, los germanos y los eslavos.

El asiento originario de los pueblos semíticos es más di-

---

5 vol.; así como á Pott, *Investig. etimológicas sobre las lenguas indo-germánicas (Etymologischen Forschungen auf dem Gebiete der Indo-Germanischen Sprachen)*, 1833, 2 vol.; y su artículo en la *Encyclopädie* de Ersch y Gruber, II, 17 (*a*).

(1) Sobre este nombre, como sobre el que hoy seria más adecuado para los llamados pueblos indo-europeos ó indo-germánicos, véase el artículo de M. Haug: *Sobre los primitivos nombres de los llamados indo-germanos y su primitiva divinidad nacional (Ueber den ältesten Namen der s. g. Indo-Germanen und ihrem ältesten Stammesgott)* publicado en la *Rev. general mensual*, etc. *(Allg. Monatsschrift u. s. w.)* 1854, pág. 785 etc.—*Aria* ó *Arya* quiere decir *señor*, y tambien *honorable*.

(*a*) A estos libros, deben añadirse los que luego se citan en la p. 266, nota (2).

fícil de determinar, siendo incierto si ha de buscarse en la Armenia, la Arabia ó el Egipto; pero, en todo caso, estos países han sido las comarcas principales de estas tríbus.

Los más antiguos pueblos arios y semitas muestran ya desde muy temprano una cultura relativamente adelantada, la cual no puede explicarse como si estas tríbus se hubieran elevado gradualmente desde un primer estado grosero y aun salvaje á una civilizacion superior. Semejante idea, antiguamente expuesta con frecuencia y aun todavia hoy aquí y allá conservada, aunque en más templada forma, se halla en completa contradiccion con la naturaleza del hombre y con la historia. Las tríbus salvajes, cuya existencia en general cabe explicar sólo por la diferencia de raza y por la separacion y sucesivo aislamiento del gran conjunto de los pueblos civilizados, jamás han podido educarse por sí mismas, teniendo siempre necesidad de ser traidas á los principios de la cultura por su union con razas ya civilizadas (1). Al contrario, se pueden notar en la historia, desde los Estados primitivos, diversos retrocesos intelectuales y morales. Así existió en los antiguos pueblos arios y semitas una cultura superior á la que hoy tienen; como aconteció en los indos, en el antiguo pueblo zendo, en los egipcios, babilonios y asirios, y aun en América con los toltecas (2), que precedieron á los aztecas, de los cuales descienden los actuales indios de Méjico, ya degenerados. Si se quiere mantener la afirmacion de que el monoteismo, que la Biblia tambien asigna á los primeros tiempos, es la religion primitiva (3), mues-

(1) Una opinion análoga expone todavia más explícitamente LOEBELL, *o. c.* p. 34, etc.

(2) Segun los descubrimientos de Tiedemann, á los toltecas debe haber precedido una raza más antigua aún y muy civilizada, los *mayas*, fundadores de las ciudades del Imacán.

(3) V. una nota sobre este punto, más adelante, al estudiar el desarrollo de la cultura general de los indos.

tra en todo caso la historia en los pueblos de la antigüedad, con excepcion del hebreo, un politeismo cada vez más especificado; la poligamia no era conocida, en aquellos tiempos, en las tribus arias, segun puede juzgarse por sus antiguos libros sagrados, como tampoco otras aberraciones posteriores. El nacimiento de la primitiva cultura sólo puede concebirse en general como el orígen del lenguaje y de las lenguas civilizadas, con ella tan enlazado (1). Pues, así como éste constituye una expresion inmediata de toda la vida del ánimo en su interior profundidad y así como las lenguas de las razas son distintas segun que esta vida es más rica en las aptitudes recibidas de Dios, así ha nacido tambien la primitiva cultura por la fuerza divina, infundida en el espíritu de los hombres, aunque tambien seguramente bajo el influjo de fuerzas naturales y espirituales de muy elevada potencia (2).

El *carácter* del Oriente, tal como lo dan á conocer la literatura y la historia, ha sido diversamente determinado. Ya se ha notado anteriormente cuán erróneo es contemplar en ese

(1) Así dice Guillermo de HUMBOLDT, *Sobre la lengua cawi—Ueber die Kawisprache*, t. I., intr., p. XXI—que es un dialecto del sanscrito y se habla en Java: «El lenguaje nace de las profundidades de la naturaleza humana, lo que impide considerarlo jamás como verdadera obra y creacion de los pueblos. Posee una actividad que nos es visible y manifiesta, aunque en su esencia, inexplicable; desde este punto de vista, no es en manera alguna un producto de la actividad, sino emanacion involuntaria del espíritu; no es una obra de las naciones, sino un dón otorgado á éstas por la suerte.»

(2) Sobre el orígen de las lenguas, su diversidad y desarrollo (estudios que han hecho memorable en todo el mundo culto el nombre de nuestro ilustre HERVÁS), deben citarse los *Datos* de SCHLEICHER y KUHN *(Beiträge zur vergl. Sprachw.)* el *Sistema de la Filologia (Syst. der Sprachw.)* de HEYSE (1856); las *Lecciones* (de 1861), así como las *Nuevas lecciones* (de 1863) de Máx. MÜLLER *sobre la ciencia del lenguaje*, con otros muchos escritos de este filólogo (los más, traducidos del inglés al francés); RENAN, *De l'origine*

Oriente histórico la época de la unidad, que mantenia ligadas aún en íntimo enlace todas las tendencias interiores y exteriores de la vida: religion, Derecho y Estado, ciencia y arte. Esa época de primitiva unidad inicial no cae de modo alguno dentro de la historia conocida. Sólo la tradicion de los indos y hebreos alude á ella. Pero sí es exacto afirmar que, en el mundo oriental, predomina todavia el principio del enlace entre todas las esferas de la vida y la tendencia hácia aquel fin comun que aparecia precisamente como el supremo á cada pueblo. No es, sin embargo, esta una unidad y penetracion interior, que permita el libre movimiento, aunque inconscio, de los miembros particulares; sino tan sólo una unidad *exterior*, una *forma* que sobrevive en este período, desde la época primera, para amoldar ahora la vida toda en un molde exterior y compensar la declinacion de los motivos internos, por medio de instituciones externas y disposiciones coactivas. El mundo oriental muestra en su desarrollo histórico, de un lado, una degeneracion siempre creciente; pero de otro tambien la aparicion de *reformadores* que, enlazándose á las doctrinas y tradiciones originarias del pueblo, mediante una idea más pura y comprensiva de Dios y de su relacion con la Humanidad, aspiran á mejorar las bases morales y jurídicas de la sociedad. Así fué Buda un reformador del brahmanismo; Zoroastro, de la religion zenda en Persia; Confucio, en China; Moisés, entre los hebreos. La religion judáica fué á su vez el punto de partida de otras dos religiones: el Cristianismo, que debia extenderse como religion universal, y el

*du langage*; EGGER, *Notions élément. de grammaire comparée* (1865); D. PEZZI, *Introduzione allo studio della scienza del linguaggio* (tr. al fr.—1875); JÜLG, *Literatura de las gramáticas, léxicos y vocabularios de todas las lenguas de la tierra (Literatur der Gramm., Lexika und Wörtersammlungen aller Sprachen der Erde* (1847); WHITNEY, *La vida del lenguaje* (tr. al fr., del inglés), 1874; y las obras de Steinthal, Bunsen, Larchey, Farrar, etc.—(*N. T.*)

Islamismo, que, suprimiendo igualmente la limitacion nacional del hebraismo, ha sido saludable para muchas naciones inferiores, especialmente africanas, que no podian inmediatamente elevarse á la altura del Cristianismo. La luz religiosa ha venido del Oriente, que ha mantenido tambien hasta el dia de hoy un carácter predominante religioso sobre las restantes esferas de la vida. Pero no es más que un mundo aprisionado en formas; y sólo pueden reanimarlo fuerzas que debian desenvolverse con más libre direccion en el occidental.

Recibió éste la mision de informar viva y libremente todo lo divino-humano, mediante la propia actividad é independencia, inmanentes en el hombre. Como en una emigracion se rompen siempre ciertos lazos y cadenas, que nos oprimian en el suelo natal, y se forma una intuicion más libre de la vida, así en las tríbus arias que emigraban del Oriente, los celtas, los ítalos, los griegos, los germanos y últimamente los eslavos, muchas cosas recibieron otra forma, quizá durante la misma peregrinacion, y se constituyeron segun su carácter nacional, cada vez más decidido, y sus interiores aptitudes y fuerzas. Pero la civilizacion alcanzada en Occidente debia volver tambien á su vez al Oriente; y la historia muestra que, do quiera que en cualquier respecto ha comenzado un período de florecimiento, allí al punto se ha aspirado á relacionarse con el Oriente. Así, Alejandro, cuando la vida griega llegó ya á su apogeo, estableció un órgano de relacion entre el Occidente y el Oriente, produciendo tambien un importante comercio espiritual. Más tarde, el Cristianismo, nacido en Oriente, pero extendido ante todo y principalmente por Occidente, promueve un superior concierto espiritual; y desde este tiempo comienza una accion recíproca, cada vez más excitada, entre los pueblos orientales y los occidentales. La propaganda cristiana, que penetró hasta Persia (Manes); las Cruzadas; el aumento, despues, del comercio y las con-

quistas, especialmente de holandeses é ingleses; el descubrimiento en los tiempos modernos de la vasta literatura de los indos y de los primitivos monumentos del Egipto y de la Mesopotamia (Babilonia, Nínive); todos estos hechos muestran la direccion y reaccion, siempre en aumento, del espíritu occidental sobre el Oriente. Los primitivos focos de la cultura se apagaron; los pueblos que se habian mantenido durante miles de años en el aislamiento han tenido que abrirse á la civilizacion occidental. Todavia resta influir igualmente sobre el África, que en su interior guarda quizá antiguos restos de cultura. Tan luego como se faciliten las relaciones exteriores entre todas las razas y pueblos, habrá de comenzar necesariamente en todas direcciones ese influjo espiritual y la educacion verdaderamente humana. Los pueblos germánicos, rumanos y eslavos son los que tienen en esto una mision más importante que cumplir. El espíritu de estos pueblos se vuelve hoy cada vez más hácia el Oriente; y aunque ante todo el interés del poder y de la dominacion sea su motivo determinante, la civilizacion será su consecuencia. Mas para la reanimacion de esos pueblos orientales es menester remover todas las palancas de la civilizacion: la religion, la filosofía, la ciencia, el arte, la industria y el comercio, á fin de arrancarlos del particularismo y poner un nuevo fondo en lugar de la forma gastada. Inglaterra, en los últimos tiempos, ha comenzado una educacion realmente humanizadora en la raza aria de los indos, dotada de altas prendas, pero profundamente degenerada, y que como estirpe radical ha permanecido en pié durante siglos; y precisamente su renacimiento será el primero y más decidido testimonio de la capacidad de los pueblos de Oriente para renacer á la vida.

Con este pueblo primitivo comenzaremos nuestra historia particular del Derecho.

## §. 1.—Los indos y el desarrollo general de su cultura (1).

### A.—*Preliminar.*

El desarrollo histórico de la cultura de los indos (2), mejor conocido cada vez, merced á las modernas investigaciones, alcanza, como la historia de ningun otro pueblo, el peculiar interés de que en él podemos seguir ya hoy con bastante certeza sus estadios, desde los primeros momentos, hasta las doctrinas, instituciones y degeneraciones posteriores. Verdad es que la cronología, en sí misma, es en su mayor parte más incierta que en otros pueblos orientales; pero la série real é *interna* de los períodos de su civilizacion

(1) La obra más reciente es la de C. Lassen, *Antigüedades índicas (Indische Alterthumskunde)*, de que van publicados hasta hoy dos tomos, 1847.—Lassen promete tambien exponer el espíritu indo en el Estado y la familia.—Antes de Lassen, los más importantes trabajos son los de Heeren, *Ideas sobre la política, etc., de la antigüedad. (Ideen über die Politik u. s. w.)*, t. I; Bohlen, *La India antigua, con relacion al Egipto (das alte Indien, mit Rücksicht auf Aegypten)*; Th. Benfey, en la *Enciclopedia* de Ersch y Gruber, 1849, sec. 2.ª, t. XVII, casi todo el cual lo llena su fundamental artículo; Roth, *Sobre la literatura é historia de los Vedas (zur Literatur u. Gesch. der Veda)* 1845; Weber, *Lecc. acad. sobre la hist. de la lit. india (Akademische Vorlesungen über indische Literaturgeschichte*, 1852).

(2) Sobre la India, en general, así como sobre su lengua, literatura é historia, pueden verse, además: Máx. Duncker, *Historia de los arios (Gesch. der Arier)*; Bopp, *Gram. comp. (Vergl. Grammatik)* y *Gram. sanscrita*; Schleicher, *Compendio de filologia indo-germánica* (trad. ital. por Pezzi); Máx. Müller, *Hist. de la antigua lit. sanscrita (A hist. of ancient sanskrit literat.*, 1859), *Gramática sanscrita* (1866) y *Sobre la filologia comparada de las lenguas indo-europeas (On the comparative philology of the Indo-European languages* etc., 1849); Weber, *Estudios índicos (Indische Studien*, 1859); Garcia Ayuso, *El estudio de la filología en relacion con el sanscrito* (1871); así como los trabajos de Schlegel, Colebrooke, Wilson, Rosen, Hang, Langlois, Burnouf, Chézy, B. St. Hilaire, De Gubernatis, Gorresio, etc.—(*N. T.*)

resalta más clara que en ninguna otra historia. Ahora bien, hallándose el Derecho en Oriente en íntima conexion con toda la vida y costumbres del pueblo, podemos juntamente seguir desde sus comienzos su evolucion entre los indos. Por esto debemos aquí exponer más detenidamente, aunque sólo en una ojeada, el desarrollo de su civilizacion, ante todo, en general, y luego en la esfera jurídica, que, segun ya se ha notado, sólo debe concebirse como un miembro y *órgano* de la cultura total.

### B.—*Desarrollo de la cultura general de los indos.*

El desarrollo de la cultura de los indos se enlaza esencialmente al cambio y extension de su morada. En los primeros tiempos, habitaron todavia juntos con las demás tríbus arias; en un segundo período. con el cual empieza la verdadera historia, han poseido desde el Oeste la region del Indo y del Pendyab; el tercer período comienza hácia el lado oriental, con la ocupacion del valle del Ganges, y hácia el lado del Sur, con la colonizacion del Indo hasta las vertientes occidentales del Vindya, donde, á la mitad del siglo VI antes de Jesucristo, floreció un gran imperio indo (1). Este período es el tiempo de las luchas con las antiguas tríbus pertenecientes á una raza no aria, sino en su mayor parte negra: la *tchandala* en el Ganges, la negra *sudra* en el Indo, la *gonda* en la montaña de Vindya (en cuyas gargantas todavia hoy habitan). En este período, nació en el país del Ganges el sistema de las castas y la literatura á él relativa, así

(1) Ya hácia el año 1000 (antes de Cristo) la costa oriental del Decan se hallaba poblada en parte por arios indos. Que la antigua Ofir, mediante la cual, en tiempos de Salomon mantenian relaciones comerciales los fenicios y los judios, debe buscarse en las costas de la India, ha sido indicado con fuertes razones por BENFEY (*o. c.* p.ª 25-33) y LASSEN (*o. c.* t. I, 538), que coloca á Ofir en la costa do Abhira.

como su reforma ulterior, mediante el budhismo. En el cuarto período, se dirigió la colonizacion hácia el Decan meridional, donde igualmente fueron sometidos los párias, que vivian allí, y á la isla de Ceilan (hácia 543), que en la mitad del tercer siglo antes de Jesucristo fué el principal asiento del budhismo, expulsado de la India.

Sobre el *primer* período, se conocen todavia sólo muy pocas indicaciones en la primitiva literatura de los Vedas (de la raíz *ved*—de donde el latin *videre*—ver, saber, conocimiento); pero es notable que los himnos del Rig-Veda, el más antiguo de los cuatro Vedas (Rig-Veda, Sama-Veda, Yayur-Veda y Atarva-Veda) contienen ideas religiosas, análogas á las del antiguo pueblo zendo, á las de los griegos, ítalos y germanos y que por tanto debian tener ya, antes de su separacion, estas razas, en su primitiva morada. A este número pertenecen las ideas de «el padre del cielo», *Dyaush-pitar*, Ζευς, *Diespiter;* de «el mar celeste, que rodea al mundo», *Varuna*, Ουρανος; de «la madre tierra»; de «los rayos del sol, como un rebaño de vacas»; de «el Dios poderoso, que lleva el relámpago y el rayo»; de «la metempsicosis en aire del alma exhalada, que el viento lleva sobre sus alas, como fiel perro compañero, al lugar de su destino,» segun lo muestra la identidad de *Sarameya* y Ερμειας» (1). En esos tiempos, en que las tribus arias tenian semejantes ideas fundamentales comunes, se creia, ciertamente, que la Divinidad obraba tambien en el mundo de la Naturaleza y de sus fenómenos; pero ni se distinguia, ni se identificaba con ésta. La expresion de aquel primitivo modo de ver parece ser la antigua palabra sagrada: *Om,* y tambien *Aum*, con la cual posteriormente toda oracion debia empezar y que siempre indica la significacion del Sér, como uno, supremo y todo;

(1) V. Weber, *o. c.* p. 34.

así como cielo, atmósfera y tierra, y más tarde, la unidad en la *Trimurti* (1).

En el *segundo* período, en que el pueblo indo se habia establecido en la region del Pendyab, se compusieron los primitivos himnos ó cantos del Rig-Veda, aunque su actual redaccion pertenece á una época ulterior. De ellos, no obstante, sacamos importantes conclusiones sobre el carácter de la vida en este período (2). Los puntos capitales

(1) V. el *Código* de Manu, II, 74-77; BENFEY, *o. c.* p. 159 etc., explana las razones porque se supone en estos primeros tiempos un concepto monoteista en los indos, debiendo relegarse á una época posterior el culto naturalista y politeista.

(2) WEBER, *o. c.* p. 37, dice: "El pueblo indo nos aparece en los antiguos cantos del *Rig-Veda* (*a*) establecido en las orillas del Indo, dividido en varias pequeñas tríbus, las cuales, desafiándose mútuamente, llevan una vida patriarcal agrícola y nómade, habitando aisladas en pequeñas comunidades, representadas entre sí por sus reyes en las batallas, y, ante Dios por los sacrificios comunes. Cada padre de familia es sacerdote en su casa, enciende él mismo el fuego sagrado y ejecuta las ceremonias domésticas, consagrando á los dioses oraciones y alabanzas. Solo hay establecidos sacerdotes especiales para los grandes sacrificios comunes, á modo de fiestas de raza, celebradas por el rey. Estos sacerdotes se distinguen por su vasto conocimiento de los usos necesarios y por su sabiduría; y entre ellos se desarrolla gradualmente una como rivalidad, segun que una raza alcanza mayor ó menor felicidad, que atribuyen á los sacrificios. Pero en los tiempos antiguos el influjo de estos sacerdotes régios no se extiende más allá de esos sacrificios; aún no existen castas; el pueblo entero es todavia uno; llevando un nombre, el de *Viç*—colonos—, título que aún se conserva en la Lituania. Merece notarse la libre condicion de la mujer en esa época; poseemos cantos de un mérito distinguidísimo, atribuidos á poetisas y reinas. En el amor, por lo demás, resalta poco el elemento ideal y delicado, llevando por el contrario el carácter de una mera sensualidad física. Pero el matrimonio es santo; el varon y la mujer son ambos señores de la casa (*dampati*) y se acercan á los dio-

(*a*) Parte del *Rig-Veda* (ciencia ó tratado de los himnos) ha sido publicada, primero, por Rosen, con trad. y notas; parte por Wilson, en análogos términos. La obra entera lo ha sido por Máx. Müller, que hace preceder á cada tomo una introduccion. La pureza del texto es tal, que los brahmanes se han servido de él para corregir el de sus m. ss.—(*N. T.*)

son los siguientes. La Divinidad—análogamente á la concepcion persa, como luz—es especialmente honrada en los tres fenómenos luminosos, como dios del fuego, *Agni*, del rayo y trueno, *Indra*, y como dios del sol, *Surya*. No existe todavia sistema de castas; el pueblo se halla dividido en muchas pequeñas tríbus, que viven de la agricultura y del pastoreo y que se desafian con mucha frecuencia. El deseo de poseer vacas se dá, en esos tiempos primitivos, como frecuente causa de contiendas. El matrimonio es monógamo; la mujer honrada y segun su interior vocacion partícipe de la poesía religiosa. Clase sacerdotal especial, no existia todavia; sino familias de cantores, en las cuales se conserva el arte y el conocimiento de los signos y de las cuales más tarde se formaron las familias de sacerdotes. Al frente de cada pequeña comunidad, hay un rey, que juntamente es, para los sacrificios comunes, sacerdote comun tambien, como el padre de familia es sacerdote en su casa. Finalmente, subsiste la fé en la inmortalidad, pero no en la trasmigracion, que fué una idea ulterior de los brahmanes (1). En estas comarcas, aparece empero el pueblo, á lo ménos en tiempos posteriores, muy dado á la bebida y al juego, vicios comunes á muchas tríbus aryas, como lo son á las semíti-

---

ses en plegarias comunes.—La piadosa gratitud hácia éstos es extraña todavia al indo. "Dame y te daré," dice, pretendiendo así un derecho al divino auxilio, que es asunto de cambio, no de gracia. Y en esta libre fortaleza, en esta enérgica conciencia de sí mismo, se nos ofrece una imágen de aquel pueblo, enteramente otra, mucho más varonil y elevada que la que estamos acostumbrados á contemplar en tiempos ulteriores."

(1) En los himnos más modernos de los Vedas, se indica el último cielo como la morada de las almas. "Allí, donde está la luz inextinguible—dice una invocacion del Rig-Veda—allí, donde habita el esplendor del sol, allí llévame ¡oh sol! al mundo inmortal é indestructible. Donde el hijo de Vivasvat (hermano de Manu, del primer hombre) manda como rey; donde está lo más interior del cielo; donde

cas la lascivia y la crueldad que siempre la acompaña. Por el contrario, en otros caractéres fundamentales, especialmente en la santificacion del matrimonio y el respeto á las mujeres, se ofrecen virtudes que en los tiempos antiguos volvemos á hallar entre los griegos y romanos, así como en los eslavos y germanos, en cuyas razas han llegado á ser base de una más noble organizacion social.

En el *tercer* período, hallamos al pueblo extendido en la parte superior del Indostan y en la superior y central del Ganges; siendo incierto, si esta emigracion ha tenido lugar por exceso de poblacion ó por una aspiracion hácia regiones más fértiles. Pero esas comarcas fueron sólo conquistadas por largas guerras con las razas indígenas salvajes, con lo cual comenzaron muy tenaces luchas entre los primeros inmigrantes y las tríbus que les empujaban; hasta que, al cabo, se produjo una guerra interior, sumamente encarnizada, por lograr el poder superior en la nueva pátria, entre los sacerdotes y los jefes guerreros de la inmigracion, que por la duracion de las guerras habian llegado á formar una clase poderosa. La supremacía al fin, con ayuda del pueblo, que veia en los sacerdotes la más importante mediacion para con los dioses, de donde vienen la victoria y la prosperidad, y los custodios de sus más queridas memorias, quedó por los últimos, unidos asimismo en una clase social.

Desenvolvióse entonces una nueva organizacion, sancionada por un nuevo sistema metafísico-religioso y social de

moran las grandes aguas; donde se detienen el deseo y el anhelo; donde se hallan la felicidad y el contento, y reinan la alegria y el placer, el gozo y el éxtasis: allí, déjame ser inmortal."—V. ROTH, en la *Rev. de la Sociedad oriental alemana (Zeitschrift der deutschen morgenländ. Gesellschaft*, IV, 427); y DUNCKER, *o. c.* t. II, p. 26.—La antigua creencia de que las almas de los antepasados vagan errantes en el aire, necesitando tambien alimento, parece haber sido una razon esencial para el orígen de los sacrificios por los muertos.

los sacerdotes, que modificaba esencialmente las anteriores doctrinas é instituciones. La vida espiritual del pueblo se debilitó é interrumpió. Las largas guerras, que constantemente producen y alimentan el despotismo, habian quebrantado las antiguas y libres constituciones municipales de las tríbus y puesto el verdadero poder en manos de la nobleza militar y de los sacerdotes; la restante parte del pueblo se hizo labradora; y de ella se separaron más tarde los artesanos y los negociantes. Este órden de cosas fué sancionado tambien mediante un sistema, que determinó la posicion de los indígenas sometidos respecto de sus nuevos señores: el *sistema de castas*, que, á la verdad, sólo poco á poco se convirtió en teoría, partiendo de un hecho práctico.

Este sistema fué preparado por la coleccion, ilustracion y refundicion en mucha parte de los Vedas (en lo esencial, nacidos durante el período precedente), que emprendió entonces el sacerdocio. Con efecto, domina completamente otro espíritu en el primitivo Rig-Veda que el del Atarva-Veda, especialmente formado en este período: allí, un ardiente amor á la Naturaleza; aquí, sólo medroso terror ante sus malos espíritus y sus fuerzas mágicas. Ante todo, se reformó entonces la antigua religion en el culto de Brahma, con la Trimurti de Brahma, Vichnú y Siva, las tres manifestaciones del supremo Brahm, expresado como neutro. Nace ahora la doctrina de la metempsícosis, de la mezcla de las ideas de una escala gradual de los séres, de una sucesiva elevacion moral de los espíritus y de una circulacion universal, observada en la Naturaleza y trasportada á la vida psíquica; junto con la doctrina de la diversidad de estados en la otra vida, de un cielo y de un infierno, el último de los cuales se pinta con terribles colores, consistiendo sus penas especialmente en el renacimiento sobre la tierra. Por último, fúndase metafísica y religiosamente el sistema de las castas. Estas son cuatro, que

expresan la série gradual de la creacion por Brahma, de su seno: de la boca de Brahma, nacieron los *brahmanes* (sacerdotes, sábios, magistrados del Estado); de sus brazos, los guerreros, *xatryas*, á los cuales pertenece el rey por nacimiento; del muslo, los *vaisyas* (la casta consagrada á la agricultura, industria y comercio); y de los talones, los *sudras* (sirvientes, esclavos). Las tres primeras clases pertenecian á la raza nacional arya, y se llamaban dos veces nacidos (mediante la religion) *duidyas*; en la cuarta casta, se comprendian, segun las mayores probabilidades, los indígenas vencidos que habian aceptado la religion de los vencedores. Bajo estas cuatro clases, se hallaban todavia los *chándalas*, que constaban de indígenas no convertidos, y en los cuales entraban todos los que nacian de una union prohibida entre las restantes clases. Esta nueva organizacion social de las castas, con la doctrina religiosa, moral y jurídica que á ella se refiere, fué establecida por el *Código* de Manu, que á su vez ha tenido tambien varias redacciones.

En este tiempo de tranquilidad de muchos siglos, se compusieron tambien los grandes poemas épicos, el *Mahabarata*, —al cual sirve de asunto la lucha de los pueblos aryos con los indígenas del Indostan, y en el que se contiene el renombrado episodio llamado Bagavad-Gita (1), que comprende una enciclopedia filosófica—y el *Ramayana*, que tiene por asunto el hecho histórico de la extension de la cultura arya hácia el Sur (Decan), y en especial hácia Ceylan.

Desarrollóse tambien entonces la especulacion filosófica en

(1) Guillermo de HUMBOLDT ha dado una exposicion clara y precisamente analítica del *Bagavad-Gita* en las *Mem. hist.-filológicas de la Acad. de Berlin (Hist.-philol. Abhandlungen der Berl. Akad.*—1825). Él supone compuesta la obra más de 1000 años antes de Cristo; pero esta fecha parece que debe modificarse en vista de las indagaciones modernas, á lo ménos, por respecto á la última redaccion.

todas direcciones, hasta el punto de que la filosofía de los indos ofrece ya todas las formas posibles de desenvolvimiento que el espíritu humano puede atravesar. Entre estos sistemas capitales (1), son llamados unos ortodoxos, heterodoxos otros. Uno de estos últimos, el *sankya* (reflexion) de Kapila, que expone un espiritualismo idealista, fué el gérmen de una reforma religiosa, el budhismo.

El *cuarto* período empieza con esta reforma religiosa y política del brahmanismo y del sistema de castas, por el *budhismo.* Budha (el iluminado), sobre cuya aparicion vacilan las tradiciones de la secta misma entre 2422 á 543 antes de Jesucristo, con cuya última fecha (aceptada hoy por muchos, aunque está calculada demasiado baja) comienzan los budhistas meridionales su era, expuso, anudándose á la citada doctrina sankya, un panteismo idealista, en el cual el Sér Supremo era concebido con tanta distincion de toda particularidad, que se ha creido, sin razon, ver en él un nihilismo ateista. Budha piensa sólo arrancar al espíritu del constante cambio del nacimiento y de la aniquilacion, enlazándolo con ese Sér Supremo, en el estado de la felicidad *(nirvana):* estado, al que conducen las seis virtudes de la limosna, la moralidad, la ciencia, la energía, la tolerancia y el amor al prójimo. Todos los sacrificios cruentos quedaron suprimidos; y destruido el despotismo brahmánico y el sistema de las castas. Pero el budhismo no halló en el mismo Indostan, probablemente por su moral rígida, sino muy corto eco en aquel pueblo ya enervado, cuya inclinacion sensible aún hoy

(1) Sobre estos sistemas filosóficos, las obras principales son todavia las memorias de COLEBROOKE en las *Investig. asiáticas (Asiatic Researches)*, trad. al francés por G. PAUTHIER, bajo el título de *Essai sur la philosophie des Hindous.*—Despues de Colebrooke, son tambien importantes la exposicion de BENFEY *(o. c.*, p. 258 etc.) y WINDISCHMANN, *La filos. en el proceso de la Historia universal (die Phil. im Fortgange der Weltgesch.)* t. I.

es protegida por los brahmanes, más y más, por medio del nuevo y ostentoso culto de *Crischna* y de las divinidades femeninas. Sin embargo, sólo fué vencido despues de largas y sangrientas luchas con los brahmanes; pero se extendió en la antigua comarca, el Pendyab, donde jamás hasta el dia de hoy el sistema de castas ha penetrado, así como en el Tibet; unos 200 años antes de Jesucristo, en China, y 240, en Ceylan (1). Posteriormente, degeneró á su vez esta religion en un gran sistema gerárquico con el Dalai-lama á la cabeza, en el Tibet, donde todavía tiene su principal asiento.

Una reforma posterior, pero limitada casi exclusivamente al Pendyab, nació en el siglo XV de nuestra era, á consecuencia de la concordia intentada entre las antiguas doctrinas religiosas y el Islam, al que el brahmanismo habia perseguido duramente, pero sin extirparlo: concordia buscada por la doctrina de *Manaca*, fundador de la secta de los *Siys*, que recomendaba honrar á Dios sin imágenes ni ceremonias, y una moral suave; pero tambien degeneró muy pronto.

La última tentativa en favor del sistema religioso y político de los brahmanes, con carácter interno, por medio de un regreso científico á las doctrinas fundamentales de los Vedas y de la crítica de las desviaciones posteriores, sin duda tambien bajo el influjo de los principios religiosos y morales del Cristianismo (aunque muy combatida por parte de los misioneros ingleses), ha sido la del brahman *Rammohun Roy* (2), de gran cultura y el cual ha sembrado una se-

(1) El budhismo es, despues del Cristianismo, la religion más extendida, pues que el número de sus adeptos, por los cálculos más moderados, llega á 192 millones, y segun otros, hasta 295. Los más probables cómputos cuentan 260 millones de cristianos; 240, de budhistas; 133, de musulmanes; 117, de brahmanes, y 3, de judios.

(2) Sobre Rammohun-Roy, muerto en Lóndres en 1833, cuando hacia un viaje científico por Europa, V. un artículo de G. PAUTHIER

milla que ya hoy dá frutos sumamente gratos. Muchas señales hay tambien de que la gran raza indo-arya, ciertamente muy pervertida, pero dotada siempre de poderosa fuerza espiritual y corporal, despertará á una nueva vida, segun un alto designio de la Providencia y bajo la ayuda civilizadora de sus hermanos los pueblos europeos y del gobierno inglés, que cada vez proteje más la verdadera civilizacion (1).

---

en la *Rev. encyclopédique* de París, de Dic. de 1832, p. 694-706; y otro posterior en el *Almacen de liter. extranjera (Magazin der Literatur des Auslandes)*, 1852, p. 218, donde se dice: "En medio de estas diferentes discordias, sus partidarios fueron cada vez más en aumento; formaron una sociedad de "Brahma" y se reunian en dias determinados, en que alternativamente leian los Vedas y tenian discursos religiosos ó sermones en lengua bengalí, concluyendo habitualmente estas prácticas unitarias por cánticos compuestos por el mismo Rammohun-Roy. La jóven comunion fundó una imprenta propia é intentó influir eficazmente, por medio de hojas volantes en bengalí, así como por la publicacion de obras sobre la filosofía vedanta (sistema fundado sobre los Vedas). A esta asociacion, se opuso bien pronto la de "Dharma", ó de la ley. Pero, de esta suerte, una pequeña parte, á lo ménos, de la embrutecida raza índica ha comenzado á fermentar con una levadura que, andando el tiempo, podria extenderse por todo el Indostan, llamando á aquel infortunado pueblo á nueva vida moral y bella."—Segun las últimas publicaciones de la Sociedad asiática, algunos sábios indígenas toman hoy muy estimable participacion científica en la investigacion de las antigüedades índicas. La reaccion de las indagaciones europeas podrá entonces penetrar con mayor facilidad, y ciertamente no faltará. Difícil es que un aleman piense en los indos, sin recordar el dicho de Justo MöSER de "que un capitan aleman mandaria en el Ganges, si el Imperio germánico se hubiese hallado en tiempos nefastos con la bastante fuerza y la bastante disposicion para sostener el poder de la antigua *Hansa*." ¡Ojalá que, á lo ménos, la ciencia alemana lleve la mejor parte en la conquista de la civilizacion, aun para el mismo pueblo indo!

(1) Importa hacer notar, como complemento á lo dicho por el autor acerca de la civilizacion general de los indos, que no son cosa secundaria en ella la ciencia y el arte, puesto que la historia ha hecho manifiesto que allí tuvo lugar un gran desarrollo filosófico

### §. 2.—El Derecho indo en sus fuentes y en su carácter.

El Derecho, íntimamente enlazado con el desarrollo expuesto de la cultura y con las modificaciones mediante él producidas, se deja seguir aquí con exactitud en su gradua evolucion, por sus fuentes (1), como en ningun otro pueblo oriental (2).

1. Las más antiguas obras sobre el Derecho y las costumbres pertenecen á la literatura védica, y en el fondo por tanto al segundo período de civilizacion señalado, llevando el nombre de *smarta-sutra*, esto es, fundados en los *smriti*, palabra que significa memoria y juntamente lo que

---

y literario, de que son muestra, por un lado, los sistemas Mimansa, Sankya y Nyaya; y por otro, los famosos poemas el Ramayana y el Mahabarata. Un punto que merece llamar la atencion es la carencia de trabajos históricos, lo cual es debido á la desestima en que aquella raza tenia á la vida terrena: pues que, absorbido el hombre en el infinito, despreciaba lo finito y transitorio. En esto, forma un notable contraste con el pueblo chino, que hace todo lo contrario, y de aquí su afan de escribir la historia.—(A).

(1) Sobre el derecho indo, V. ante todo la indicacion de la bibliografía referente á él, que hace SPANGENBERG en la *Rev. de legisl. y Jurisprud. extranjeras (Zeitschrift für die Gesetzgeb. u. Rechtsw. des Auslandes)*, t. IV, p. 64; GILDEMEISTER, *Bibliotheca sanscrita* (lat.), 1847; WEBER, *Lecc. sobre la lit. ind. (Vorl. über ind. Literatur)*, 1852.—Sobre algunas ramas del Derecho, V. COLEBROOKE, *Dos tratados sobre la ley de herencia en la India (Two treatisses on the hindu law of inheritance)*, Calcutta, 1810; GANS, en el t. I de su *Derecho de sucesion, etc., (das Erbrecht u. s. w.)*; STENZLER, *Specimen juris criminalis Indorum*, 1842; KALTHOF, *Jus matrimonii veterum Indor.*, etc., 1829; KLEMM, *Hist. de la civiliz. (Culturgesch.)*, t. VII, p. 374-407.

(2) Pueden consultarse además: *Las leyes religiosas, morales y civiles de Manu* (fr.), de Loiseleur-Des Longchamps; los *Estudios sobre el derecho civil de los indos* (fr.), de Gibelin, quien, además de exponer esta legislacion, la compara con la griega, la romana, la germana y la feudal; la *Ojeada histórica y analítica sobre el derecho indo,* de Bo cherons des Portes, etc.—(A.)

es objeto de esta. La más antigua fuente del Derecho fué, pues, lo conservado (1) en la memoria, en la tradicion, análogamente á los *Weisthümern* (2) del pueblo aleman. Este derecho no fué escrito hasta el tercer período, cuando nació el peligro de perder cada vez más los caros recuerdos y tradiciones. El influjo de los brahmanes en su redaccion es tambien imposible de desconocer. Sin embargo, poseemos en él un rico tesoro de ideas sumamente antiguas, distinguiéndose especialmente del Código posterior de Manu, por una concepcion mucho más pura de las relaciones matrimonial y paterna.

2. La segunda y capital obra es el ya muy conocido *Código* de Manu (3) (*Manava-Dharma-Sastra*—coleccion de leyes de Manu). Nacido despues de la victoria del sistema brahmánico, ha experimentado diferentes redacciones

(1) V. WEBER, *o. c.*, p. 16.—Sorprende que no mencione WARNKÖNIG esta importante fuente.

(2) V. p. 116, nota (1).—(*N. T.*)

(3) *Manu* no es un personaje histórico, sino el primer hombre que, nacido de Brahma, conoce y ordena por medio de la razon (*manas*, lat. *mens*, alem. *Mensch*) las relaciones de la vida con lo divino. Los indos dan este nombre de Manu á *catorce* personas diversas, cada una de las cuales preside á un período. De ellos, ya han aparecido siete, al primero de los cuales se atribuye el Código. *Bhrigu*, personaje mítico tambien, lo compiló y reunió. CHEZY pone en 1300 antes de Cristo el orígen del libro, porque nada dice todavia del budhismo, nacido hácia el año 1000 antes de nuestra Era. BENFEY (*o. c.*, p. 229) adelanta en verdad demasiado, al negarse á asignar á la terminacion del Código una época más remota que el siglo III antes de Cristo. Las razones en pró de la fecha adoptada en el texto, las dá DUNKER, *o. c.*, t. II, p. 95. El Código de Manu ha sido traducido al inglés, por JONES (Calcutta, 1796) y COLEBROOKE (Lóndres, 1801); al francés, por LOISELEUR DES LONGCHAMPS (París, 1833), y reimpreso en los *Livres sacrés de l'Orient* de G. PAUTHIER (1840) (*a*). La obra se divi-

(*a*) Tambien se halla incluido en la version española de la *Historia universal* de César Cantú, por D. N. Fernandez Cuesta (Gaspar y Roig, editores), t. VIII, *Legislacion*.—(*N. T.*)

y probablemente no fué completamente concluido hasta unos 600 años antes de Cristo. Contiene esta obra el régimen de todo el órden ético, religioso, moral y jurídico de la vida, en íntimo enlace; pero de tal modo que, aun cuando toda trasgresion de sus preceptos trae consigo un castigo, éste tiene distinto carácter, ora sólo religioso-moral, ora externamente jurídico. Por esta ley, que penetra hasta lo más individual de la vida interior y exterior, llega el pueblo indo á perder toda especie de libre movimiento. Cierto es que el Código mismo ha experimentado en el curso de los siglos y por el desarrollo gradual de las costumbres, nacidas de las circunstancias, algunas modificaciones y atenuaciones (aunque á veces tambien lo empeoraron, v. gr., en la práctica de arrojar á la hoguera á las mujeres viudas); pero su espíritu ha seguido dominando y oprimiendo la vida.

Desde el Código de Manu, ha experimentado gradualmente el derecho reformas esenciales. Segun repara William Jones en su nota á la conclusion de la traduccion inglesa, los indos ilustrados son de opinion de que aquel Código sólo era aplicable para las tres primeras edades del mundo; pero que en la presente *(Cali-Yuga)* donde ha comenzado una «disminucion de las facultades intelectuales y morales de los

de en 12 libros; y cada uno de éstos, en *slocas* ó dísticos, estrofas de dos versos. Los 12 libros tratan: el 1.°, de la creacion; el 2.°, de los sacramentos y el noviciado; el 3.°, del matrimonio y de los deberes del cabeza de familia; el 4.°, de los medios de adquirir; el 5.°, de las reglas de abstinencia; el 6.°, de la purificacion de las mujeres; el 7.°, de la conducta del rey y de la clase guerrera; el 8.°, de los deberes de los jueces y de las leyes civiles y penales; el 9.°, continuacion de estas leyes, y deberes de los agricultores, los industriales y la clase sirviente, y, en especial, de las obligaciones de los esposos, y del derecho de sucesion; el 10, de las clases mixtas y de los tiempos de escasez; el 11, de la penitencia y la expiacion; el 12, de la trasmigracion de las almas y de la bienaventuranza final.

hombres», tenian que introducirse necesariamente otras disposiciones jurídicas en muchas instituciones: en el sistema de las castas, en la familia, en la herencia, etc.; esto es, partiendo desde nuestro punto de vista, un abandono del rigorismo y en parte mejores determinaciones, que se deben, ya al influjo del Islam, ya al del Cristianismo en tiempos más modernos.

El Código de Manu ha sido, sin embargo, la base y el punto de partida de una rica literatura jurídica, escrita, parte en sanscrito, parte en los modernos dialectos indos. Entre estos, domina la obra de *Yachnavalkya* (1), escrita entre los siglos II y V despues de Jesucristo, que ocupa el grado inmediato despues de Manu y que da noticia, por cierto, de documentos grabados sobre placas de metal respecto de donaciones de territorio y de la institucion de conventos, asuntos de que Manu no habla. La obra está dividida en tres libros, de extension casi igual, é indica un progreso en precision y determinacion.

Posteriormente, se ha formado tambien además una *jurisprudencia* moderna, redactándose otra vez grandes colecciones, la mayor parte en el Decan, y principalmente bajo la autoridad y por empeño de diversos reyes y príncipes, obedeciendo á una necesidad práctica. Cuando los ingleses, en 1775, y por el tratado de Allahabab, adquirieron la primera comarca soberana, Bengala, y resolvieron gobernar á los indos segun sus propias leyes, Warren Hastings (á la sazon gobernador principal) mandó hacer á once brahmanes un extracto de los más importantes códigos, que, traducido al persa y de éste al inglés, apareció en Lóndres en 1776, bajo

(1) Esta obra ha sido publicada en sanscrito y traducida al aleman por Stenzler, en 1849. En el prólogo, se indica su relacion con el Código de Manu.—V. tambien Weber, *Lecciones* citadas, página 245, etc.

el título de *Code of gento law* (1): de este tiempo data tambien el comienzo de los estudios sanscritos.

Los diversos períodos de la vida jurídico-moral de la India, á que se refieren estas diversas fuentes jurídicas, deben separarse en la exposicion, si se quiere lograr un cuadro verdaderamente histórico (2). Aquí sólo daremos los rasgos capitales de la organizacion de esa vida, segun el Código de Manu (3). Estos caractéres son los siguientes.

A) *El sistema de las castas*, si bien fundado por los brahmanes sobre la base de una doctrina metafísico-religiosa inventada *ad hoc* y en su predominante interés, anuncia, sin embargo, una prudente moderacion en el hecho de que no intentaron poner el poder inmediatamente en sus manos. El sistema reconoce expresamente al *rey*, aunque perteneciente sólo á la segunda casta, como el verdadero señor del Estado, al cual los mismos brahmanes están sujetos en el respecto jurídico-social. La superior posicion de la casta de los brahmanes sólo concierne á lo religioso y moral, y es inculca-

(1) Traducido al aleman por Raspe, bajo el título de *Código ó coleccion de leyes de los punditas (Gesetzb. oder Sammlung der Gesetze der Pundit)*, esto es, de los jurisconsultos indos, en Hamburgo, 1778.

(2) Ya que el órden de la vida ético de los indos sólo puede tener para nosotros un interés histórico, debemos tambien (hasta donde quepa) hacer resaltar las diferencias capitales en las condiciones jurídicas de los más importantes períodos, lo cual, hasta hoy, jamás se ha hecho. Pero esas condiciones no pueden en manera alguna comprenderse sin los *motivos* morales é *internos* de la vida, que deben exponerse ante todo. Sólo Gans ha iniciado, en punto al derecho de sucesion *(o. c.)*, este camino.

(3) Es de notar que esta legislacion, que han conservado los indos bajo las dominaciones mongola, mahometana ó inglesa, ha adquirido tal desarrollo, que, segun los miembros de la *Sociedad asiática* de Calcutta, si apareciera un Justiniano en la India, tendria materiales, institutas y pandectas para hacer un Digesto de Digestos; y añade Boscherons des Portes que llega hasta treinta y seis el número de autores de colecciones legales, tratados particulares, etc., cuyas opiniones han adquirido fuerza de ley.—(A.)

da meramente por preceptos piadosos, y especialmente por la conminacion de penas infernales de terribles renacimientos. El Estado indo no es, pues, en modo alguno, un Estado sacerdotal ó teocrático. El modo de division del poder y el contrapeso de la casta de los brahmanes á la potencia exterior social han contribuido, sin duda, á la larga duracion de este sistema (1).

Como principio directo del Estado, y como primer deber del rey, se señala la *justicia*, que, sin embargo, ha perdido el elemento esencial de la unidad y la igualdad, rompiéndose en la diversidad del derecho de castas, cuya institucion determina más ó ménos la capacidad personal jurídica, el matrimonio, la sucesion, el derecho de bienes y muy especialmente el penal. En las castas, existe al punto una oposicion cardinal entre los dos veces nacidos *(duidyas)*, esto es, las tres primeras castas, y los sudras.

Pero el carácter fundamental de la legislacion de Manu

(1) Las castas son cuatro: los *brahmanes*, iguales á la divinidad y superiores á los reyes, rigen todo lo referente á la religion y á la justicia, y á ellos pertenece cuanto existe; los *xatryas*, guerreros, de quienes salen los reyes y ministros, protegen al pueblo, ejercen la caridad y leen los libros sagrados; los *vaisyas*, labradores y mercaderes, cuidan las béstias, labran la tierra, dan limosna, hacen el comercio, prestan á interés y leen los libros sagrados; los *sudras* tienen por único oficio servir á los demás. Significan respectivamente las cuatro castas: favor propicio, poder, riqueza y abyeccion; felicidad, proteccion, liberalidad y dependencia. Juran, la primera, por su veracidad; la segunda, por sus armas y caballos; la tercera, por sus casas y granos de oro; la cuarta, por todos sus crímenes.

Es de notar que la condicion de los *esclavos* era superior á la de los *sudras*, procediendo aquellos de la guerra, la venta de sí propio, la insolvencia, la cohabitacion con persona esclava, etc. En cambio, la de los *párias* ó *chandalas* es inferior: su contacto, su aliento y hasta su sombra, manchan; y aun por bajo de éstos se encontraban los extranjeros.

A nuestro juicio, es tan evidente que el orígen histórico de las cas-

consiste en que toda la vida índica, en sus condiciones esenciales, *trasciende* de sí propia, se enlaza á un *más allá*, sin llevar en modo alguno en sí misma su fin, ni su satisfaccion. Así como su filosofía aspira á enlazar ante todo al espíritu individual humano puramente con el espíritu supremo divino, así ordena tambien la ley las relaciones de esta vida para fines ulteriores; y aun lo divino, que el indo halla panteísticamente en el universo, no dá, sin embargo, á la vida presente y á sus instituciones esenciales, por ejemplo, al matrimonio, ningun sentido, ni santidad divinos, sino que excita sólo la aspiracion á una union más íntima con la unidad suprema. Esta direccion, con todo, era extraña en los primeros tiempos á la vida nacional, habiéndose producido y conservado sólo por el sistema religioso de los brahmanes. Pero ha llegado á ser, por más que atestigüe el elevado sentido del pueblo indo, corruptora para la vida é impeditiva de todo desarrollo y progreso.

B) En el *matrimonio*, es hoy admitida la poligamia; pero muchos pasajes del Código dejan todavia conocer que origi-

---

tas es la guerra, como lo es que *luego* recibieron su consagracion religiosa, en cuanto emanan respectivamente de la boca, del brazo, del muslo y del pié de Brahma. El principio que puede explicar esta institucion es aquel en virtud del cual las clases superiores deben educar á las inferiores. El abuso consistió en que, en vez de cumplir este fin, se petrificó y consagró lo que debió ser transitorio: produciéndose de esta manera el efecto contrario al debido. Por lo demás, no es tan difícil explicarse la existencia de las castas, como suele pensarse; puesto que, estudiando lo que eran hace poco, y son aún en parte, las clases sociales, y tomando en cuenta las diferencias radicales entre una y otra civilizacion, bien podemos darnos cuenta de ellas. Y si los *sudras* significaban abyeccion y juraban por todos sus crímenes, y por bajo de ellos estaban los *párias*, no debe maravillarnos que manchara su contacto y hasta su sombra, puesto que de ellos debian huir los demás: al modo que hoy una mujer honrada evita hasta la vista de la meretriz.—(A.)

nariamente era monógamo (1), que es tambien el que se designa como perfecto. «Sólo aquel hombre—dice—es perfecto, que consta de tres personas: su mujer, él y su hijo.» Y los brahmanes han establecido el principio de que «el varon constituye con su mujer una sola persona (2).» Pero la poligamia es lícita de tal modo, que el varon puede tomar la *primera* mujer de su casta y luego, descendiendo, por toda la série, no pudiendo, por tanto, el sudra tener sino una sola, la de la suya (3). El varon de las castas inferiores jamás puede poner los ojos en mujer de una casta superior. Severas penas se establecen contra esto; y los hijos de semejantes uniones son expulsados del sistema de las castas y relegados entre los chandalas ó párias.

El *fin* del matrimonio no está en él mismo; sino, de un lado, en la conservacion de la especie; y del otro y ante todo, en la procreacion de un hijo, pues éste únicamente puede hacer los sacrificios *mortuorios*, por los cuales el difunto se eleva á un cielo superior ó se liberta del infierno. El sistema de los sacrificios mortuorios, muy desarrollado, ha conducido tambien á la disposicion, posteriormente abrogada (4), de que un hombre pudiese dejar que su hermano ó algun otro pariente *(sapinda)* engendrase á un hijo en su mujer, si no tenia ninguno de ella.

(1) Compárese con lo dicho respecto del segundo período de la cultura general de los indos.

(2) *Manu*, IX, 45.

(3) *Manu*, III, 13.—Que esto no era antes lícito, me parece resultar tambien del IX, 67, donde se dice del rey *Vena* ("el que reunió toda la tierra bajo su imperio") que "teniendo aprisionado su espíritu en los apetitos sensuales, dejó que se introdujera la mezcla de las castas." Desde entonces, empero, cesó tambien, segun el IX, 68, el matrimonio de los sapindas (V. el texto), innecesario ya por la poligamia y cuya anterior existencia permite de nuevo inducir la de la monogamia.

(4) *Manu*, IX, 59.—Comp. tambien la nota de W. JONES al fin del *Código*.—6, *Smriti*, 1.

La celebracion del matrimonio es posible de ocho maneras (1), determinadas en parte tambien por la diferencia de castas. Pero todos, una vez contraidos, son jurídicamente válidos, aunque muchos sean rechazados religiosa y moralmente.

La *conducta* del marido respecto de la mujer debe ser digna. Cierto es que el Código, por oposicion á los tiempos anteriores, que consideran á la mujer aun como poetisa respetable y sagrada, tiene en poca opinion á aquella (2); pero dice, sin embargo (3): «donde se honra á las mujeres, complácense los dioses; donde no se las honra, todos los actos piadosos son ineficaces;» y tambien: «en toda familia, donde el marido se complace en la mujer y la mujer en el

(1) Estas ocho formas son: 1.ª, el matrimonio de *Brahma*, en el cual, el padre viste á su hija con una sola vestidura y la entrega al docto en las sagradas letras (en los Vedas), esto es, al brahman, invitado y recibido por él; 2.ª, el matrimonio de los *dioses*, en que el padre, despues de adornar á la hija, la entrega al sacerdote que cumple el sacrificio; 3.ª, el matrimonio de los *santos*, en que el padre destina dos vacas para una ceremonia religiosa, ó "para la hija misma"; 4.ª, el matrimonio de las *criaturas*, en que el padre casa á la hija con adecuadas señales honoríficas y diciendo á los esposos: "cumplid ambos los deberes prescritos"; 5.ª, el matrimonio de los *malos espíritus*, en que el novio ofrece presentes á los padres de la novia y á ésta, con arreglo á su fortuna (una especie, pues, de compra, reprobada por el Código); 6.ª, el matrimonio de los *músicos celestes*, que nace por la mútua promesa y que "por ser hijo de la inclinacion y tender á los goces del amor" es tambien censurado; 7.ª, el matrimonio de los *jigantes*, en que se arrebata violentamente á la novia; y 8.ª, el matrimonio, siempre maldito, de los *vampiros*, en que un amante se apodera de una mujer dormida, ó embriagada, ó que ha perdido el sentido. —V. *Manu*, III, 27-34.—Segun el III, 25, jamás deben contraerse matrimonios de las clases 5.ª y 8.ª; pero, conforme á otra opinion (III, 24), el de los malos espíritus se permitia á las dos últimas castas.

(2) *Manu*, IX, 17.

(3) *Id.* III, 56.

marido (1), la felicidad está por siempre asegurada (2).

Es de notar tambien que la poligamia, si posteriormente ha traspasado aun los límites prescritos en el Código, jamás, ni aun con el incremento del poder de los reyes, ha degenerado en la India, al modo que en los demás pueblos asiáticos mezclados con elementos semíticos. Las mujeres han mantenido tambien en la vida exterior un movimiento más libre.

Sin embargo, segun el Código, jamás son *independientes*. Están, dice (3), bajo la proteccion de su padre, en la infancia; bajo la de su marido, en la juventud; en la edad madura (si enviuda), bajo la de sus hijos, es decir, de su

(1) El hijo del rey Suddhodana pintaba así el tipo de la mujer perfecta, que al fin encontró realizado en Gopa, hija del Sakya Dandopani. «Si hay una mujer, dice á su padre, que sea jóven y bella, sin estar orgullosa de su hermosura; de espíritu dulce, como el que cuadra á una hermana ó á una madre; que se complazca en la abnegacion y tenga la costumbre de dar á los svamanas y á los brahmanes; si tal mujer existe, dádmela. Si hay una mujer sin orgullo, sin arrogancia y sin acritud, extraña á la astúcia, á la envidia y al artificio; habituada á la rectitud; que, ni en sueños, piense en otro hombre; que, satisfecha de su marido, sea siempre modesta y sumisa; que no sea altiva, presuntuosa ni altanera, y sí igual y sencilla; que se haya desprendido, como un esclavo, de su orgullo; que no sea apasionada por la mímica, los perfumes, los festines, el baile, ni el vino; si tal mujer existe, dádmela. Dádmela, si está libre de ambicion y de avaricia; si está contenta con su suerte; si es firme y sincéra, y no coqueta; si está contenta con el vestido del pudor; si no tiene pasion por sus dioses y sus fiestas; si está siempre consagrada á la ley; si es siempre pura de cuerpo, de palabra y de pensamiento; si no gusta de dormir, ni de estar ociosa; si es juiciosa y amiga de las buenas obras; si respeta á sus suegros; si pone buena cara á los esclavos de ambos sexos; si conoce los ritos prescritos por los Sastras; si es la última para acostarse y la primera para levantarse; si posee la benevolencia de una madre, sin afectacion; si mujer semejante existe, dádmela.» *Livres sacrés de l'Orient*, por G. Pauthier, t. II, página 622.—(A.)

(2) *Id.* III, 60.

(3) *Id.* IX, 3.

primogénito, ó de aquel que en su lugar hace de cabeza de familia. Lo que adquieren las mujeres, los hijos y los esclavos está sometido al padre de familia; aunque las primeras y los segundos pueden tener peculio propio (1).

El *divorcio* se permite á ambas partes por diversas razones (2); pero se impone á ciertos divorcios sacrificios pecuniarios (3).

C) El *derecho de sucesión* tiene asimismo principalmente, como el matrimonio, esencial relacion con los sacrificios mortuorios (4). Pero así como es un fin del matrimonio la

(1) *Id.* IX, 194 y 208.

(2) *Id.* IX, 72, etc.

(3) El marido podia repudiar á la mujer estéril, al octavo año; á aquella cuyos hijos morian, al décimo; y á la que no procreaba más que hijas, al undécimo. Además, podia hacer lo mismo por embriaguez, malas costumbres, incompatibilidad de caractéres, enfermedad incurable, etc.; pero no era recíproca esta facultad, lo cual era consecuencia de la inferioridad de la mujer.—(A.)

(4) GANS, *Derecho de sucesion (Erbrecht)* I, p. 251, etc., ha hecho resaltar esto acertadamente, llamando al derecho de sucesion de los indos «derecho hereditario de los sacrificios mortuorios.»—Dentro de cada cual de los dos derechos de sucesion, dice (p. 252), el de los sacrificios por los ascendientes difuntos y por los colaterales, traspira la misma gradacion que se muestra como série necesaria del respeto á los muertos. En primer término, suceden los adoradores y dispensadores de los sacrificios por los ascendientes: y por tanto, los descendientes, hasta el biznieto. Tambien aquí vale el derecho de represéntacion: porque, entre los adoradores, el más cercano no excluye al más distante.— En segundo lugar, suceden aquellos por cuyo *medio* pueden nacer tales adoradores y alcanzarlos para el difunto; esto es, la mujer y las hijas: las cuales no heredan por mérito propio, como miembros de la familia y parientes cercanos, sino por ser el instrumento pasivo por que obtiene el difunto esos adoradores.—En último término, suceden los herederos de tercer grado, que son los que se enlazan con el causante como colegas de un culto comun.—Pero cuando ya no hay que hacer sacrificios mortuorios, cesa el derecho de sucesion; y entonces, suceden los dispensadores de sacrificios de agua, lectores de los Vedas (los brahmanes); y por último, el rey.—V. *Manu*, IX, 189.

conservacion del linage (familia), así tambien las leyes sucesorias tienen juntamente el fin de conservar los bienes patrimoniales. La sucesion es esencialmente intestada; pero se permite al padre, en ciertos casos, una particion, especialmente en los bienes por él adquiridos, aunque sólo entre los derecho-habientes á la herencia. Si el padre ha muerto sin disponer esa distribucion, los hijos, mientras vive la madre, no se reparten la fortuna de aquel. El hijo primogénito representa al padre y tiene tambien á la madre bajo su proteccion; pero, muerta aquella, puede el hermano, *si es muy virtuoso*, tomar posesion de la fortuna toda; viviendo los otros hermanos bajo su proteccion, como bajo la de su padre (1). Mas estos pueden aspirar á la reparticion, cuando quieren llenar por separado sus deberes piadosos (2). En este caso, hay entonces dos preceptos, segun que existen sólo hijos de una misma madre ó hijos de mujeres de diversas castas (3). Son incapaces para suceder los eunucos y contrahechos, los ciegos y sordos de nacimiento, los lo-

(1) El testamento era desconocido en un principio entre los indos, como lo prueba el hecho de no existir en sanscrito la palabra que lo expresa. Esto es una consecuencia llana del hecho de ser la propiedad de la familia, y no individual. En cuanto al órden de llamamientos, en la sucesion intestada, Pepere establece hasta diez y ocho, clasificados en tres grupos: el de los hijos, el que llama de imágenes ó representacion de los hijos, y el tercero, que comprende las hijas, la viuda, los ascendientes y colaterales, los unidos por un vínculo espiritual, como los preceptores y los brahmanes, y el rey. Es evidente que existia el derecho de primogenitura, pero á la vez se encuentra el de igualdad entre los hijos, ya absoluta, ya concediendo al mayor el doble y al segundo la mitad más. Esta contradiccion se explica, á nuestro juicio, teniendo en cuenta que la primogenitura debió existir mientras se mantuvo la continuidad de la familia; y que luego, á su lado, debió ir naciendo el principio de igualdad, segun que se fué relajando aquella.—(A.)

(2) *Manu*, IX, 105.

(3) *Id.* IX, 111.

cos, etc.; aunque tienen derecho á la alimentacion y el vestido hasta su muerte, y sus hijos bien constituidos entran (1) como herederos (2).

D) Por lo que concierne al *derecho real ó de cosas*, todas las castas podian adquirir propiedad y, pues que en el Código ninguna disposicion contraria se contiene, aun la propiedad territorial. Verdad es que se dice de los brahmanes que son señores de todo lo que existe, como, del rey, que es señor del suelo (3); pero sólo ocasionalmente y en las disposiciones sobre la invencion de tesoros. Sus modos de adquirir la propiedad son en parte generales, como la herencia, la caza, la division, el hallazgo de cosas sin dueño; en parte, especiales para las diversas castas: para los brahmanes, la donacion

(1) *Id.* IX, 112.—Cuando sólo hay hijos de una misma mujer, deben recibir: el primero, $\frac{1}{20}$; el segundo, $\frac{1}{40}$; el último, $\frac{1}{80}$; y luego partir por igual. Si los hijos son de mujeres de diversas castas, deben percibir: entre brahmanes, el hijo de la primera mujer, $\frac{4}{10}$; el de la segunda, $\frac{3}{10}$; el de la tercera, $\frac{2}{10}$; el de la cuarta, $\frac{1}{10}$. (*Id.* IX, 151.) WARNKÖNIG (*Encyclopädie*, p. 139), dice erradamente $\frac{6}{15}$, $\frac{4}{15}$, $\frac{3}{15}$, $\frac{1}{15}$.

(2) No hay que perder de vista, de un lado, que la *propiedad* tiene en este pueblo el mismo fin religioso que la familia: es un medio para atender, ante todo, al cumplimiento de los sacrificios funerarios; y de otro, el carácter eminentemente social de la hereditaria, la cual, á diferencia de la adquirida, que es individual, es de la familia, y á la muerte del jefe sigue siendo poseida en comun por los miembros de aquella, bajo la administracion del primogénito, cuyo derecho, antes citado, tiene así su explicacion; si bien no es impuesto, pues á veces se disuelve esta sociedad, siendo señal de ello el no tomar parte en los actos del culto privado. Y no sólo sucedia esto á la primera agregacion, sino que se encuentran asociaciones de familias con una propiedad índica, sirviendo de base al *comun* indo, hoy existente aún, y cuya organizacion primitiva, análoga á la que se encuentra todavia en algunas comarcas de Europa, han respetado tanto los ingleses en la actualidad.—(A.)

(3) *Id.* IX, 201-203.

y la limosna; para los guerreros, el botin y la conquista; para los vaysias y sudras, la ganancia por la agricultura, la industria y el comercio. Podia perderse la propiedad por la *prescripcion;* cuando un propietario, viéndolo (1), deja que durante diez años otro utilice alguno de sus bienes, lo pierde (2).

E) El derecho de *obligaciones* (3) no recibió ciertamente elaboracion concreta alguna; pero se hallan en él las disposiciones más esenciales sobre la celebracion de contratos (4), sobre el préstamo, hipoteca y prenda, fianza, depósito, compra, alquiler, arrendamiento, sociedad y derecho á indemnizacion por daños.

Los contratos celebrados por un ébrio, un demente, una persona que depende enteramente de otra, un menor ó un anciano, ó uno que no está autorizado en nombre de otro, son nulos. Igualmente, el dolo y la coaccion invalidan la convencion. Tampoco valen aquellos contratos, cuyo contenido contradice á las leyes ó á las costumbres inmemoriales (5).

En el préstamo, es lícito, si no se ha dado prenda, recibir semanalmente, segun las castas, dos, tres, cuatro y cinco por ciento: así, v. gr., dos por ciento de un brahman, y de un sudra, cinco. Están prohibidos los intereses de los intereses y estos nunca deben exceder la suma del capital. Si el acreedor recibe prenda con el derecho de usarla, no es lícito interés alguno (6).

(1) *Id.* VIII, 37 y 38.

(2) Hasta tal punto, que se encuentran en él casi todos los contratos principales de la legislacion moderna; alguno, desenvuelto en tal forma, que un escritor de nuestros tiempos ha dicho que su contenido parece arrancado del Código de Napoleon.—(A.)

(3) *Id.* VIII, 147.

(4) V. sobre esto especialmente el libro V de *Manu*.

(5) *Id.* VIII, 163-164.

(6) *Id.* VIII, 140-145.

El que compra ó vende un objeto que no puede perder su valor (el suelo, el metal), puede rescindir el contrato dentro de los diez dias; si despues de este tiempo lo intenta, incurre en una multa (1). Quien vende una cosa ajena, se hace culpable de robo. Si alguno, en mercado abierto y en presencia de muchas personas, compra una cosa y paga el precio y puede designar el vendedor, adquiere jurídicamente la propiedad. Pero si no puede señalar al vendedor, está obligado á restituir la cosa por la mitad del precio en que la compró (2).

El juego y la apuesta están prohibidos, y aun designados como robos (3); pero el Código de Manu ha logrado poco en este punto.

Se dá caucion para la presentacion y para el pago del deudor. En ambos casos, responde el fiador con su fortuna. Si el fiador recibe dinero por la fianza y deja bienes suficientes, responden tambien sus herederos (4).

Muy detalladas son las disposiciones sobre indemnizacion por daños en el honor, en la propiedad, en el cuerpo y por atentados á la vida. Hay penas pecuniarias, de muerte, corporales, de honor y de libertad; y se distinguen tambien segun las castas. El Código desconoce un principio general de penalidad; en muchas penas, se reconoce el de la retribucion; en otras, el de la indemnizacion; ante todo, el de la represion, para defender al pueblo por medios penales que deben estar en relacion con los delitos (5). Un brahman

(1) *Id.* VIII, 222.

(2) *Id.* VIII, 201, 202.

(3) *Id.* IX, 201.

(4) *Id.* VIII, 158-162.

(5) *Id.* IX, 253-263.—VARNKÖNIG hace resaltar con razon (*Encycl.*, página 142) que el derecho penal de los indos nada tiene de comun con el antiguo germánico; no reconoce venganza de familia, ni en realidad verdadera composicion, á pesar de las minuciosas disposiciones respecto de lo que debe pagarse por penitencia.

jamás (1) puede ser castigado con la muerte ó con pena corporal; sino, á lo sumo, desterrado del país (2).

La defensa es lícita en muchos casos, aun llegando á la muerte del agresor; y si no es posible huir, es lícito hasta matar á un brahman (3).

En la *organizacion judicial*, no se dá separacion alguna entre lo criminal y lo civil. El procedimiento es casi idéntico en ambos casos: hay prueba testifical, raras veces por juramento, y cuando la verdad no podia ser descubierta de otro modo, por (4) ordalias (sentencia divina) (5).

Reconoce tambien la ley de Manu la esclavitud, suave en la India y cuyos orígenes son principalmente la captura por medio de la guerra, la cesion de la libertad por la venta de

(1) El predominio del principio de intimidacion en el derecho penal indo se muestra claramente en estas frases del Código de Manu: "un hombre naturalmente virtuoso es difícil de encontrar;" "todas las clases se corromperian, todas las barreras vendrian al suelo, si no existiese el castigo;" "el castigo gobierna al género humano; el castigo le protege; el castigo vela, mientras todos duermen; el castigo es la justicia," dicen los sábios.

El influjo de la organizacion de las castas en esta rama del Derecho, se muestra: en los delitos imaginarios que se crean, considerando tales á algunos hechos inocentes (v. gr., ciertas faltas de consideracion); en la diferencia de penalidad, que daba lugar, por ejemplo, á que se castigaran con multa las lesiones, cuando el delincuente y el herido eran de la misma casta, y con el talion en otro caso; en la impunidad de los brahmanes, por lo general; en la exclusion de la casta, que era como una especie de muerte civil, etc.—(A.)

(2) *Id.* IX, 241.

(3) *Id.*, 349-351.

(4) Las más de estas *ordalias* son iguales ó análogas á las que más tarde encontramos entre los germanos.—(A.)

(5) El *Código* de Manu reconoce solo tres: tocar el *fuego* con la mano; sumergirse en el *agua*, y tocar la *cabeza* de sus hijos y su mujer (VIII, 114, 115).—Posteriormente se introdujeron otras muchas ordalias: la de la *balanza*, el *veneno*, el *agua* bendita, el *arroz*, el *aceite* hirviendo, el *hierro* candente y las *imágenes*. V. sobre esto á BENFEY, *o. c.*, pág. 230.

sí propio y la imposibilidad de pagar una multa. El sudra en sí no es esclavo y sólo puede ser obligado á prestar servicio de tal (1).

Ahora bien (2), el sistema jurídico de Manu ha experimentado posteriormente, segun notamos arriba, algun progreso y modificacion parcial.—La dominacion musulmana, aunque dejó al derecho indo su fuerza y vigor, empeoró el procedimiento; no decidiendo en los tribunales provinciales, fundados y mantenidos por los conquistadores, casi nunca la justicia, sino sólo la corrupcion. Por el contrario, los ingleses han adquirido singular mérito por respecto al órden jurídico, tanto por la compilacion del derecho positivo, como por una bien ordenada constitucion judicial.—El sistema de castas se ha ido gradualmente modificando mucho, ya desde antiguo, y aun en parte desde antes de Jesucristo. La casta guerrera está casi extinguida; la tercera casta se ha mezclado con la de los sudras; sólo la de los brahmanes se ha mantenido hasta nuestro tiempo. La restante parte del pueblo se ha organizado en un sistema extenso de corporaciones, formado segun las *profesiones* y detallado hasta lo último (3).

---

(1) *Manu*, VIII, 415.

(2) La organizacion política consiste en una monarquía teocrática. El Estado es la potencia divina, organizada en la tierra; los *brahmanes* son la base y los *xatryas* la cúspide del edificio de las leyes; el rey procede de éstos y es consagrado por aquellos; nombra sus ministros, tomándolos de estas dos castas, y es asesorado por un Consejo Supremo de miembros de la sacerdotal. El país está dividido en *comunes*, los cuales forman círculos superiores, mediante la union de diez, ciento y mil; y al frente de cada uno, hay un jefe superior que lo rige en nombre del rey.—(A.)

(3) El derecho indo ha sido objeto de muy encontrados juicios, pues mientras es desestimado por los que todavia se empeñan en no encontrar en la historia más derecho digno de este nombre que el romano, otros han llegado á decir que la India es la pátria de aquel y que de allí lo tomaron Grecia y Roma. Excusado es probar lo in-

## §. 2.—El antiguo pueblo zendo, ó los bactrianos, medos y persas (1).

Los antiguos arios ó iranios (2) que principalmente hablaban la lengua zenda, fueron, despues de su separacion del tronco indo-ario, y de abandonar, segun los libros zendos cuentan, su suelo pátrio, *Airianen-Vaego* (país de los arios) por la crudeza del invierno, guiados por *Dchemschid*,

exacto de ambas exajeraciones. Lo que conocemos de esta legislacion sirve para mostrar la permanencia y universalidad del Derecho; pero no que el realizarlo fuera vocacion especial de este pueblo, de suerte que lleguemos á suponer fué maestro del romano en este punto.—(A.)

(1) Los libros capitales sobre estos pueblos, además de la primera (y muy defectuosa) traduccion del *Zend-Avesta* al francés por ANQUETIL DUPERRON (1771) y del francés al aleman por KLEUKER (2 vol., 1781-1786) son: la antigua obra de J. G. RHODE, *La tradicion sagrada y el sistema religioso completo de los antiguos bactrianos, medos y persas, ó del pueblo zendo (die heilige Sage und das gesammte Religionssystem der alten Bactrer, Meder und Perser, oder des Zendvolks*, 1820)—téngase en cuenta que el zendo, sin embargo, segun las investigaciones modernas, se distingue del persa antiguo, aunque ambos pertenecen á una misma rama;—LASSEN, en la *Encycl.* de Ersch y Gruber, t. XVII, p. 3; y especialmente el malogrado BURNOUF, en diversos trabajos, sobre todo, en su *Commentaire sur le Yaçna* (la primera parte del *Zend-Avesta*, que contiene alabanzas al Sér Supremo, 1832); LÖBELL, *o. c.*, p. 132; con bastante pormenor, tambien DUNCKER, *o. c.*, t. II; KLEMM, *o. c.*, t. VII.

(2) Sobre estos pueblos, su lengua, escritura, etc., pueden verse, además de los libros citados por el autor: SPIEGEL, *Gram. de la antigua lengua bactriana (Gramm. der altbaktrichen Sprache*, 1867) y *Las inscripciones en persa antiguo de Keil (die altpersischen Keilinschriften*, 1862); JUSTI, *Manual de la lengua zenda*, que comprende un diccionario, una gramática y una crestomatía *(Handbuch der Zendsprache)*; E. BURNOUF, *Études sur la langue et les textes zends* (1840-50); y los trabajos sobre las escrituras cuneiformes de Rawlison, Caylus, Lichtenberg, Graielend, etc.—En la *Rev. de España* de 28 de Febrero de 1877, puede verse una noticia necrológica del Sr. García Ayuso sobre Martin HAUG, en que se dá cuenta de los trabajos del célebre orientalista respecto de la lengua y literatura zendas.—(*N. T.*)

rey mítico, se dirigieron más hácia el Oeste y el Mediodía, estableciéndose gradualmente en la Bactriana, la Sogdiana, la Media, y por último, en la Persia. Ya antes, á lo que parece, habian estado reunidos en un primitivo reino iranio ó bactriano. Su religion era semejante (1) á la de los antiguos indos, segun se desprende en parte del libro del *Zend-Avesta*, llegado hasta nosotros; mientras que su derecho, merced probablemente á haber sido conquistados mucho antes, no recibió un desenvolvimiento extenso, y sabemos de él muy poco.

La primitiva religion de este pueblo es todavia más sencilla que la posterior de los *Vedas* indos. Es característico que en esta raza el saber, la intuicion y la vida contemplativa retroceden, y la *voluntad*, la *accion* sobresalen. El Dios de la luz, *Ormuz* (en zendo, *Ahuramazda*—en persa antiguo, *Auramazda*, esto es, la gran sabiduría viva), que se revela en un principio por *Hom*, es fuente de todo bien, y señor del cielo y de la tierra. Pero así como en el primitivo Veda se expone ya la lucha entre la luz y las tinieblas, aquí se trasporta esta lucha á la tierra y á la sociedad humana, y se personifican las tinieblas en un sér, *Ahriman*, principio del mal, pero que no existió eternamente y debe volver á la nada por la incesante cooperacion de los hombres buenos. Esta clase de religion dualista, esta teoría de la lucha, parece, segun se ha observado, tener tambien un fundamento étnico en que los iranios (como tambien los indos) chocaron al extenderse con una raza, probablemente mongólica, que vivia en el más profundo salvagismo (en el Turan), á cuya raza, como pueblo *impuro* de Ahriman, se alude frecuentemente. Pero esta religion degeneró bien pronto; y Zoroastro *(Zaradustra)* apareció, no como fundador, sino como

(1) V. la pág. 268.

reformador, seguramente más de 1000 años antes de Jesucristo (1). Su doctrina se ha conservado en el Zend-Avesta, á pesar de las diversas redacciones que ha sufrido este libro.

La religion zenda ha compartido la suerte de las razas que la profesaban. Cuando los medos, despues de los bactrianos, el pueblo dominante, fueron sometidos por los asirios (en el siglo XIII antes de Cristo), bajo cuya dominacion vivieron 500 años, su religion se mezcló tambien en gran parte con la doctrina propia del pueblo semita conquistador. Y despues que los medos rechazaron su yugo, y el nuevo imperio medo fué destruido á su vez por Ciro (Kyros), despues de 150 años (588 antes de Cristo), fundándose un imperio persa, volvió á alcanzar gran respeto la antigua religion; pero las costumbres todas del pueblo se hallaban ya penetradas por los principios religiosos y biológicos del antiguo dominador semita. Por el contrario, la religion zenda ejerció grande influjo en el vencedor, y produjo ciertas modificaciones en sus ideas.

La organizacion *social* y política era, segun los libros zendos, más sencilla que la de los indos. Contiénese en su mayor parte en el *Vendidad*, que no es obra de Zoroastro, sino una coleccion de tradiciones, cuya forma actual sólo se ha redactado, lo mismo que todo el Zend-Avesta, mucho despues, bajo los Sasanidas (250 de Cristo). Para conocer sin embargo

(1) Hasta hace poco, se suponia erradamente (V. Wachsmuth, *o. c.*, p. 87) que *Vistaspa*, mencionado en los libros zendos, y al cual Zoroastro anunció la ley, era idéntico con Dario Hystaspes. Esta opinion debe abandonarse por razones internas y externas. V. extensamente á Duncker (t. II, p. 314), que coloca á Zoroastro entre los años 1300-1250 antes de Cristo. La redaccion y coordinacion de los fragmentos de los libros sagrados del *Zend-Avesta* que hoy poseemos, se han hecho al comienzo del imperio de los Sasanidas, que intentaron fundar su dominacion sobre la restauracion de la antigua fé.

el órden moral de su vida, hay necesidad de apelar á los fragmentos que se conservan (1) del Zend-Avesta.

Los libros zendos no reconocen *régimen de castas*, sino tres clases, ó, segun Firdusi (2), cuatro: los sacerdotes, entre los cuales tambien se cuentan el rey y los jueces; los guerreros, los agricultores y los industriales, á que pertenecen asimismo los comerciantes. La herencia llegó tambien aquí á aparecer, como traida por la naturaleza de las profesiones

(1) El *Zend-Avesta* constaba primitivamente de 21 libros; pero segun una tradicion poco fidedigna, fué destruido y quemado por Alejandro y la dinastía griega. Cuando posteriormente la Persia volvió á ser regida por una dinastía nacional (la de los Sasanidas, 229-631 de Cristo), se convocó un gran Concilio de sacerdotes de la doctrina de Zoroastro, que reconoció como auténticos 5 libros salvados, principalmente litúrgicos. Pero no siendo ya inteligible el antiguo dialecto persa del primitivo escrito, se tradujo ó parafraseó al pehlvi, por entonces la lengua erudita. Cuando los sábios parsis huyeron ante el Islam, llevaron consigo los 5 libros á la India é hicieron una traduccion al sanscrito. La antigua traduccion original al pehlvi ha sido ahora refundida por diferentes sábios, como Olshausen, Burnouf, H. Brockhaus y Spiegel, especialmente el *Vendidad Sadé*. V. la obra capital de Burnouf, anteriormente citada.

(2) Firdusi ó Ferdusi (de *Firdus*, paraiso), poeta persa, quizá el más célebre de todo el Oriente (916-1020), autor del *Shah-nameh*, (*Libro de los Reyes*), poema épico sobre la historia primitiva de la Persia. El ilustre orientalista inglés G. Jones publicó algunos fragmentos de este poema por vez primera, en su *Poeseos asiaticae Commentarium* (1775); Langlés dió á luz tambien una noticia sobre la vida y obras de Firdusi (1788); Champion, en el mismo año, dió á la estampa una traduccion inglesa en verso de aquel poema, con el título de *The poems of Firdousi, translated from the original persian*; Wallenburg comenzó tambien una traduccion del mismo, que A. de Bianchi dió á luz en 1810 (*Notice sur le Shah-nameh de Ferdousi et traduction de plusieurs pièces relatives à ce poème; ouvrage posthume de M. le Conseiller de Wallembourg*); Lumsden debió publicar en Calcuta todo el texto original del poema, esmeradamente revisado; pero no publicó más que el primer tomo (1811); Atkinson tradujo al inglés, y en verso tambien, uno de sus episodios, publicándolo con el texto y notas (*La muerte de Sorab*, 1814); Jourdain insertó algunos

perpetuadas en las familias, cuando aun son muy sencillas las relaciones sociales; pero no constituyó un principio. El matrimonio es fundamentalmente monógamo; y el Zend-Avesta prohibe decididamente, como ninguna otra ley oriental lo ha hecho, las uniones fuera de matrimonio (1). Sólo cuando la mujer, despues de nueve años de casada, no ha tenido hijos, que procuren (aquí tambien) á su padre difunto la entrada en el cielo, puede el parsis casarse con otra mujer, á más de la primera. Tampoco en el Zend-Avesta es el matrimonio fin de sí mismo; pero no se halla preponderantemente organizado en vista de la vida ulterior, sino que tiene un fin humano y terreno, á saber: facilitar, por medio de la comunidad y de la educacion de los hijos, los esfuerzos del hombre para ser bueno y puro. Mas tambien aquí se cae en una aberracion. Pues que, en el fondo, el elemento sensible y natural para nada se considera, no sólo se permite, sino que se recomienda con especial elogio el matrimonio entre parientes próximos (2) consanguíneos *(kethuda)*. La condicion de la mujer es, sin embargo, más independiente y digna que en la India; la pátria potestad, más moderada. La sucesion parece haber sido meramente intestada. De las otras esferas del Derecho, concernientes á la propiedad y á las relaciones económicas, nos ha quedado poco.

---

trozos del poema en el tomo IV de su *Persia* (1814); GÖRRES, tradujo el *Shah-nameh* al aleman, con el título de *Libro de los héroes (Heldenbuch* u. s. w.-1820); S. de SACY tradujo la vida de Firdusi de DOLET-SHAH, publicando en el *Magazin enciclopédique* (1823) notas y fragmentos del libro; WAHL ha publicado tambien algunos pasajes de su traduccion completa al aleman. El poema entero ha visto la luz en Calcuta, en 1829, con el título en inglés y notas de TURNER MACAN en 4 vol.; y MOHL ha dado en 1838 su traduccion con el texto original y comentarios *(Le livre des Rois, par Firdoussi)*.—(*N. T.*)

(1) GANS, *Der. de sucesion*, I, p. 261.

(2) Id. id., I, 262.

En todo prevalece aquí la concepcion *moral* de la vida y sus relaciones; y no poniéndose el fin moral solo en la otra vida, sino que tambien en ésta, no puede desconocerse que hay progreso sobre el sentido de los indos. Esto, sin embargo, hacia más difícil su realizacion: pues tan importante como es establecer el fin moral en su elevacion y pureza, tan peligroso es confundir los medios y fuerzas que á él han de aplicarse con los que pueden dar el Derecho y sus instituciones. Así se abrió al despotismo la más ámplia esfera. La legislacion ética de Zoroastro es en muchos respectos inferior á la de Manu. Así como en su doctrina religiosa se indica ya una reflexion más fria, muéstrase todavia más en su legislacion, muy distante del desarrollo de aquella, la tendencia á hacer efectivos por medio de la coaccion los preceptos morales. Por lo demás, el pueblo zendo se manifiesta en la historia como pueblo de accion y de lucha, que, mezclándose de mil modos con otros, ha ejercido grande influjo en la marcha de la Humanidad (1).

(1) Nótase gran variedad entre los historiadores, al exponer la legislacion de estos pueblos, á causa de las distintas épocas á que se refieren: pues que una cosa era segun el texto del *Zend-Avesta*, y otra segun resultaba en los tiempos de la lucha del imperio persa con Grecia. Así, por ejemplo, unos reputan moderada la pátria potestad, otros dicen que el padre disponia del hijo como de un esclavo; unos afirman que el parentesco era impedimento para el matrimonio, y otros, como Montesquieu, llegan á sostener que los que se celebraban entre las madres y los hijos eran los más honrados (ultraje á la naturaleza, cuya existencia pone en duda Pastoret); unos explican la poligamia como debida puramente á la sensualidad, y otros como sucesiva, en caso de esterilidad, para procurarse un hijo, que es "el puente que conduce al cielo;" unos suponen que el suelo era propiedad del rey, mientras que otros sostienen que pertenecia en principio á los sacerdotes y en realidad de hecho á los indivíduos; unos afirman el fin expiatorio y purificador de la pena, y otros muestran el de intimidacion, que arguye penas crueles y brutales, y al lado de ellas ridículos delitos de lesa majestad; en fin, unos muestran lo que era el poder en

## §. 3.—China (1).

China, país cerrado en sí, sin enlace con el desarrollo de la civilizacion en los restantes pueblos, debió en un principio estar habitada por tríbus salvajes, que, sometidas por otra que descendiera de las montañas del Noroeste, se mezclaron bien pronto con ellas. Se ignora á qué raza perteneceria ésta última. Algunos quieren que fuese una tríbu aria, y explican por su mezcla con las otras mongólicas la civilizacion y la tendencia á la agricultura (2) propias de los chinos, y tan diversas de las de los otros pueblos mongoles. El Código de

---

aquellos tiempos primitivos, en que pertenecia á los sacerdotes, y lo que fué más tarde cuando, merced á la guerra, fué pasando á los guerreros, del primero de cuyos linajes salia el rey, el cual concluye por reunir los caractéres religioso, patriarcal y militar, dando lugar á aquel despotismo vergonzoso, fundado en el endiosamiento de quien se llamaba "rey de reyes y hermano del sol y de la luna," que encontró tan buenos servidores en los célebres sátrapas, atentos tan sólo á exigir enormes tributos, para sostener un numeroso ejército permanente, y á oprimir y envilecer al pueblo.—(A.)

(1) Sobre China y su civilizacion, V. el abate Grosier, *Description générale de la Chine*, 3.ª ed., 1818, 7 tomos; de la primera edicion, se hizo una trad. alem. en Leipzig. 1789; J. H. Plath, *Hist. del Asia occidental (Gesch. des östlichen Asiens*, 1831); J. F. Davis (Superintendente que fué de las factorías inglesas), *The China*, trad. del inglés al francés por Pichard y Bazin, París, 1841; Gützlaff, *Hist. del Imperio chino (Gesch. des Chinesischen Reichs)*, publicada por C. Fr. Neumann, 1847, y que casi sólo abraza la historia externa; Pauthier, *Livres sacrés de l'Orient*, que comprende una extensa introduccion á la literatura china; Klemm, *o. c.*, t. vi.

(2) Así opina el autor de la *Etnología* (citada en la p. 207, nota (1) (secc. 2.ª, p. 839), cuyo sistema, sin embargo, está en la más decidida contradiccion con lo que realmente acontece con los chinos. Pues si son mongoles, no les conviene la característica de esta raza; y si es una tríbu aria la que introdujo en aquel país la civilizacion, resulta de aquí que, por el cruzamiento de dos razas radicalmente diversas, puede nacer una organizacion política capaz de subsistir: lo cual vá contra las teorías generales del autor.

Manu designa á los *tschinas* como arios emigrados. Su primitiva doctrina religiosa tocante á Dios y al cielo, doctrina que todavía se vislumbra en las posteriores, tiene afinidad con las más antiguas opiniones de los Vedas; pero faltan otros datos esenciales para llegar en esto á cabal certidumbre.

Lo que los chinos cuentan de sus primeras dinastías (1), de un emperador *Hoangti* (2698 antes de Cristo), etc., sólo tiene su más remota garantía en los libros de Confucio (551 antes de Cristo). Un punto de apoyo más seguro existe para la dinastía *Hia* (2207 antes de Cristo); pero la primera dinastía históricamente fidedigna es la de *Tscheu* (1122-248 antes de Cristo).

Los sistemas religiosos en China son, por el órden cronológico de su difusion:

1) La primitiva doctrina del cielo (*Varuna*, ουρανος de los arios), ó de la razon suprema: doctrina que es de presumir se propagó desde el Tibet, trayéndola quizás consigo las razas civilizadas en su inmigracion; atribúyese al fundador de la organizacion política china, el mítico *Fo-hi*, y se contiene especialmente en los libros sagrados (2) de los cinco *King*, cuya actual disposicion y forma procede sin embargo en su mayor parte sólo de Confucio.

2) La doctrina de *Lao-tse*, probablemente 40 ó 50 años anterior á Confucio, y que dió á la precedente un carácter más metafísico-panteista, acaso bajo el influjo de las teorías indas, se expone en la obra *Tao-te-King*.

3) La doctrina de *Confucio* ó *Khongtseu* (551 antes de Cristo), que emprendió la obra de purificar y simplificar las

(1) Los chinos hacen preceder su historia *real* de otra *simbólica*, que se remonta hasta ochenta millones de años antes de Jesucristo.—(A.)

(2) *Chu-king*, tradiciones históricas; *I-king*, creacion; *Shi-king*, cantos populares; *Li-king*, ritos; *Yo-king*, oraciones y música.—(A.)

anteriores, y de constituir una teoría racionalista de las costumbres y deberes para todas las relaciones de la vida, fundada en el principio del *conocimiento de sí mismo*, y tendiendo al fin del *perfeccionamiento* (1).

4) El *budhismo*, que debe haberse introducido en China 200 años antes de Cristo, extendiéndose allí bajo el nombre de doctrina de Foë, y que todavia hoy, en la forma del Dalai-Lamaismo, es la religion nacional en el Tibet; mientras que en China, á pesar de haber sido muy favorecido por la dominacion invasora de los mongoles, ha seguido predominando en las autoridades superiores del Estado la doctrina de Confucio.

Los mongoles se apoderaron (en 1260 de Cristo) del imperio, y fundaron en 1280 una nueva dinastía, á la cual siguió otra indígena, la de los *Ming;* los tártaros Manchús la derribaron en 1644, fundando otra nueva, que todavia hoy reina, aunque se encuentra muy amenazada: la de los *Tai-Tsing*.

La *organizacion social y política* (2) se modela en China sobre el tipo de la familia, primera forma de comunidad moral. Pero la fuerza intelectual que predomina allí, es el

(1) La doctrina de Confucio está expuesta en sus *Cuatro libros* clásicos: el *Ta-hio*, ó el gran estudio; el *Chon-Zung*, ó el medio invariable; el *Lun-Zu*, ó pláticas filosóficas; y el de *Meng-tseu*, moral y política del filósofo de este nombre, discípulo de Confucio. En ellos se encuentran máximas como estas: "no te impaciente el no ocupar cargos públicos; impaciéntate por adquirir el talento necesario para obtenerlos;" "no te aflijas por no ser aún conocido y procura hacerte digno de serlo;" "la doctrina de nuestro maestro estriba tan sólo en ser recto de corazon y en amar á nuestro prójimo como á nosotros mismos;" "la virtud consiste en amar á los hombres; la ciencia, en conocerlos," etc.—(A.)

(2) El *Código civil* de los chinos debe tener unos 260 volúmenes. De esta organizacion jurídica y política, tratan especialmente GROSIER (trad. alem., t. II); DAVIS, *o. c.*; GANS, UNGER, y con bastante extension, tambien WARNKÖNIG, *Encicl.*, p. 119.

entendimiento analítico y sagaz, que todo lo discierne exteriormente y lo reanuda asimismo, como una máquina; y que, si recibe la luz de algunas superiores ideas racionales, se ejercita ante todo en el campo de las relaciones particulares de la vida, ordenándolas con habilidad y prudencia, pero guiándose siempre por el egoismo, como el motivo interno, que en todas formas aparece, visible ó encubierto. En China, se ha hecho históricamente el ensayo de formar á un pueblo sin profunda doctrina religiosa, merced á una mera moral intelectual; y el entendimiento práctico ha logrado producir algunas buenas instituciones sociales, como ha sabido utilizar la fertilidad natural del suelo para las necesidades de la vida, por medio de la agricultura y de la industria. Quien pone en una organizacion exterior de esta clase y en la cultura material el bien y salud de la Humanidad, puede ciertamente concordar en la admiracion que en otro tiempo se ha prodigado á ese Estado y á esa filosofía; mas para quien siente más altas exigencias en la vida, aquella falta de elevacion y de toda superior tendencia representa una gran dificultad para la regeneracion, tan necesaria, de ese pueblo.

El principio de familia, absurdamente aplicado á la vida política, conduce á un despotismo, que reviste exteriormente la apariencia del patriarcalismo antiguo y al cual, si es cierto que se recomienda el bien del pueblo como regla (1),

(1) G. Pauthier, *Livres sacrés de l'Orient*, p. 11, dice: "No se encuentra entre todos los escritores políticos y morales de la China, más numerosos, con mucho, que en cualquiera otra parte, un sólo apóstol de la tiranía y de la opresion: uno solo, que haya tenido la audacia, por no decir la impiedad, de negar los derechos de todos á los dones de Dios, es decir, á las ventajas que resultan de la reunion de los hombres en sociedad, ó de reivindicar la mejor parte de ellas en provecho de uno sólo ó de los ménos." En el *Chu-king*, se lee: "Lo que el cielo ve y oye, no es sino lo que el pueblo oye y ve; lo que el pueblo juzga digno de recompensa y de castigo, es lo que el cielo

constituye en realidad un régimen tiránico, que se extiende, á partir del jefe del Estado, hijo del cielo y padre del pueblo, por todas las relaciones de la vida, hasta el cabeza de familia, déspota á su vez por respecto á la mujer y los hijos. Con razon se ha observado que allí siempre se establecen los deberes de abajo arriba; jamás, de arriba abajo. Este despotismo tiene en verdad el mérito de haber mantenido el órden exterior en un imperio de más de 300 millones de almas, en lo cual le ha auxiliado el sagaz sentido predominante de la nacion, doquiera consagrada á los intereses materiales; pero la vida intelectual y moral se ha arruinado, de suerte que hoy, cual quizá en ningun otro país, la mentira y el engaño han llegado á ser los principales medios de que se sirve su refinado egoismo.

Todo el órden social de China se distingue esencialmente del de la India y del persa por estar calculado principalmente para la vida terrena. A pesar de tanto como se habla del «cielo» en la religion y en las leyes, en ninguna parte se dá más importancia á las relaciones terrenas; las cuales toman, sin excepcion, un carácter más exterior, desagradable y aun grosero. Tal acontece en el *matrimonio*, que *principalmente* se contrae en la forma de la compra-venta, maldita en el Código indo. La monogamia es en verdad el principio practicado por la inmensa mayoría de los habitantes, segun las leyes naturales que regulan las relaciones entre los sexos, por lo cual frecuentemente los viajeros sólo han hecho

quiere castigar y recompensar; hay una comunicacion íntima entre el cielo y el pueblo: que sean, por tanto, los que gobiernan cuidadosos y discretos;" todo lo cual demuestra que era y es aquel un absolutismo templado, pero no por eso ménos incompatible con una sana organizacion del Estado, el cual es hoy otra cosa que la familia, y por ello pide la coexistencia de los deberes del inferior para con el superior, únicos efectivos en China, con los del superior para con el inferior.—(A.)

notar el vínculo monógamo; pero el chino puede tomar legalmente tres concubinas, además, cuyos hijos se equiparan con los de la primera esposa legítima. El vínculo matrimonial carece de todo delicado respeto. Las mujeres están casi siempre encerradas. El poder del padre de familia es muy grande, pudiendo vender los hijos; de donde ha nacido un gran comercio de jóvenes, especialmente educadas para el concubinato, sobre todo en ciertas ciudades. El padre puede asimismo hacer azotar al hijo hasta matarlo, sin decir el motivo. El fin capital del matrimonio (1) es la procreacion, que con frecuencia se suple por la adopcion y tiene allí tambien una relacion con los muertos, que, sin embargo, á diferencia de los sacrificios indos, reviste un carácter más exterior y mundano, á saber, el luto y las ceremonias, para los cuales existen numerosos preceptos, que descienden hasta los últimos pormenores. La *herencia* está organizada atendiendo principalmente á la conservacion de la unidad de la familia (2), y es esencialmente intestada. La opinion, en otros tiempos expresada muchas veces, de que en China el padre posee un derecho de testar casi ilimitado, ha nacido de interpretar mal la circunstancia de que allí, como en la India, le es lícito ordenar una distribucion que, sin embargo, no puede contradecir la sucesion legal (3).

(1) Para que los hijos puedan celebrar las honras fúnebres. Cuéntase que un condenado á muerte pidió, y obtuvo, como un gran favor, que se consintiera penetrar en la prision á su mujer, para morir con la esperanza de tener descendencia, con dicho fin. Lo cual muestra que la doctrina de Confucio es en verdad una religion sin dogmas y sin misterios, mas no puramente moral, segun pretenden los que presentan la China como demostracion de que un pueblo puede vivir sin religion.—(A.)

(2) En este, como en otros pueblos, encontramos que, en un principio, el patrimonio de la familia continúa indiviso bajo la autoridad del primogénito; más tarde, se divide entre los hijos.—(A.)

(3) V. sobre esto á GANS, *Derecho de sucesion*, I, p. 112.

La *propiedad* privada está protegida por muchas disposiciones. Las condiciones de la territorial han sido diversas segun las épocas (1). Aun no mediado el siglo III antes de Cristo, el emperador era el único propietario territorial y repartia el suelo entre los particulares, de tal suerte que, de cada porcion de campo, labraban nueve partes para sí mismos y la décima para el emperador. Despues, se abandonaron las provincias de una manera feudal á los lugartenientes de éste; y al cabo, la mayor parte del suelo fué enajenada por él á los particulares, en propiedad trasmisible, con la carga del diezmo y servicios feudales *(corvea)*.

No haciéndose en el Código chino distincion alguna entre la pena y la indemnizacion civil, la liberacion por dinero, permitida en ciertas circunstancias, aparece sólo como un privilegio; y el principio de toda la legislacion es la disciplina y el castigo (despues del cual, todavia ha de dar las gracias el penado): toda ella es legislacion penal (2). Pero se

(1) Sigo á WARNKÖNIG, *Encicl.*, p. 121, por no conocer directamente los libros referentes á la materia. Sobre el modo de la distribucion, si se hacia de una vez ó en varias, serian de desear indicaciones más precisas. KLEMM, *Hist. de la civil. (Culturg.)*, t. VI, p. 436, que se apoya tambien en la *Enciclopedia* del chino MA-TUAN-LIN (siglo XIII antes de Cristo), segun la noticia de KLAPROTH en el *Journal asiatique* (2.ª série, t. X), dice, aunque de una manera vaga: «Los antiguos emperadores y reyes jamás se arrogaron la propiedad del imperio (?), sino que la distribuyeron en varios principados y señoríos. El emperador retenia para sí tan sólo un territorio de 1.000 *cuadratli*. Los ministros, los consejeros y los empleados, recibian cada uno un terreno, hereditario en sus familias, en las cuales se conservaba de generacion en generacion. El Estado era, pues (?), el propietario de todo el suelo; el pueblo lo recibia de él, lo cultivaba y pagaba las contribuciones de sus productos.»—Sobre tales bases descansó la administracion de las tres primeras dinastías en China. El primer emperador de los *Tsin* (255 antes de Cristo) destruyó este órden de cosas y se hizo poseedor de todos los dominios feudales del reino.

(2) Así dice tambien GANS *(o. c.*, p. 67): «Todo el Código, aun en la parte relativa al derecho civil, es esencialmente Código pe-

distingue radicalmente de la India en que, mientras allí el Código reserva sólo para otra vida el castigo de muchas faltas, especialmente por medio de renacimientos que excitan el terror y constituyen penas determinadas con rigorosa precision para cada delito, en China se prescinde por completo de toda vida futura; y, como no podia ménos de acontecer en un pueblo de sentido práctico y que siempre mira á lo presente, se hace seguir inmediatamente al delito la pena. Segun es uso general en el antiguo Oriente, para la medida de esta, se toma poco en cuenta la cualidad de la voluntad del culpable; sino, ante todo, la entidad de la falta: el tormento (hoy rara vez aplicado) era uno de los medios principales de su procedimiento.

Por lo demás, la legislacion china (1), que se acerca ya en

---

nal. El *bambú*, pequeño ó grande, constituye el *perpetuum mobile* en todas las disposiciones. El deudor que no paga á su tiempo, el hijo menor que sigue llevando el título de su padre, etc., sufren una pena de palos casi mayor que la del ladron y el monedero falso."

(1) Sobre la China, deben todavia añadirse, á más de la *Gramática* de ENDLICHER (aleman), como los trabajos más recientes: LEGGE, *Clásicos chinos* (ing.); PLATH, *Fundamentos cronológicos de la hist. antigua de China* (al.), 1869; PESCHEL, *China y su civilizacion* (al.), 1872; DOUGLAS, *La lengua y la literatura de China* (ing.), 1875; BACMEISTER, *Etnología de los antiguos chinos* (al.), 1872; WELLS-WILLIAMS, *El Imperio central* (ing.), 1852; G. SCHLEGEL, *Uranografía china* (holandés); PERNY, *Gram. de la lengua china, oral y escrita* (fr.); SAJAROW, *Sobre la propiedad territorial en China* (ruso), 1858; PESTH, *Legislacion y derecho de la China antigua* (al.), 1867; BRETSCHNEIDER, *Sobre los conocimientos poseidos por los antiguos chinos*, etc. (ing.), 1871.—Los trabajos de Plath, Sajarow, Peschel, Bacmeister y Pesth, han sido insertados respectivamente en las *Actas* de la Acad. R. de Ciencias de Baviera; en los *Trabajos sobre China* publicados por la embajada rusa en Pekin y tr. del ruso al alem. por Abel y Mecklenburg, y en la rev. alem. *Ausland*. La *Uranografía* de Schlegel se halla en francés tambien.—Sobre las relaciones de la China con otros pueblos, V. REYNAUD, *Rel. polít. y comerc. del Imp. romano con el Asia oriental* (en el *Journal asiatique*, 1863); CAVE,

muchos puntos á las nuestras (por el sentido práctico que en ella domina y que la mantiene distante de toda superfluidad, aunque en verdad tambien de toda concepcion superior) y que distingue con exactitud entre lo religioso y lo civil, no merece, ni por sus principios, ni por sus efectos, los grandes elogios que frecuentemente se le han tributado (1).

---

*Hist. del desarrollo de las rel. de Europa con China*, 1872; JULIEN, *Viajes de los peregrinos budistas* (fr.); en tiempos anteriores, RENAUDOT, *Antiguas rel. de la India y la China* (fr.), 1817. Mencionaremos tambien *La Chine et les puissances chrétiennes*, por nuestro antiguo ministro plenipotenciario D. Sinibaldo de MAS.

Sobre Confucio, V. AMIOT, *Abrégé hist. des principaux traits de la vie de Confucius*, 1784; LEGGE, *Vida y doctrinas de Conf. (The life and teachings of Confucius*, 1867): pasa por el mejor trabajo, segun Hellwald; FABER, *Sistema de Conf. y Fuentes para el estudio de Conf. y el confucianismo* (ingl.). 1873; *Confucius, essai hist. par un missionaire*, 1874; PLATH, *Vida y doctr. de Conf. y sus discípulos*, (al.), 1874.— El *Ta-hio (La Ciencia augusta)* ha sido tr. al alem. y explicado por Pläinckner (1875), que ya antes habia publicado tambien el *Tao-te-king (Camino de la virtud)*, de Lao-tse, en 1870.— Estanislao JULIEN ha publicado tambien: *Mengtseu, vel Mencium edidit latina interpretatione*, 1824; la *Vida y obras de Mencio* ha sido igualmente dada á luz por LEGGE en 1875 (ingl.)—(*N. T.*)

(1) En efecto, no son merecidas las alabanzas que en el siglo pasado tributaron á este pueblo los jesuitas, enamorados de su unidad, y ciertos filósofos, entusiasmados con una supuesta igualdad. No vieron los unos aquel perpétuo despotismo del emperador, hijo del cielo, fuente de toda ciencia y poder, que se refleja en la autoridad absoluta de los padres de familia y de los mandarines, y con el cual es incompatible todo principio de individualidad y de libertad; ni vieron los otros que, por esto mismo, la igualdad que allí reina es la de la esclavitud, aparte de la existencia de ésta y de las clases.—(A.)

## §. 4.—Egipto (1).

Egipto es un misterio, no revelado todavía. Los orígenes de su civilizacion, cuya remota edad atestiguan la Historia fidedigna y sus monumentos, hoy mismo admirables, no han sido aún descubiertos. No se sabe de cierto qué raza, etnográfica y filológicamente hablando, vivió en el antiguo Egip-

(1) Fuera de las obras generales sobre el Oriente y los antiguos escritores, HERODOTO, t. II, y DIODORO de Sicilia, t. I (*a*), V. especialmente sobre Egipto: BUNSEN, *Lugar del Egipto en la Historia universal (Aegyptens Stelle in der Weltgesch.)*, 3 t., 1845 (*b*); KLEMM, *Hist. de la civiliz. (Culturgesch.)* t. V; RITTER, *Geografía (Erdkunde)*, parte 1.ª; BÖKH, *Indagaciones metrológicas (Metrologische Untersuchungen)*; De PROKESCH-OSTEN, *Recuerdos de Egipto (Erinnerungen aus Aegypten)*, 3 t.; las obras de CHAMPOLLION, SALVOLINI, ROSELLINI, WILKINSON, BEZONI, LEPSIUS *(Cronología)*, LETRONNE y otros. La obra de RÖTH, *La dogmática egipcia y zoroástrica, como primitivas fuentes de nuestras ideas especulativas (die ägyptische und zoroasterische Glaubenslehre als die ältesten Quellen unserer speculativen Ideen*—1846), contiene, á la verdad, ciertas afirmaciones atrevidas y preconiza demasiado el influjo de Egipto; pero dá, con todo, importantes indicaciones para una comprension más exacta de las doctrinas y de las condiciones históricas. De Bunsen, que atribuye certeza documental á las dinastías de MANETON, pero considerando la lista de reyes de ERATÓSTENES (*c*) como el verdadero cánon para aquellos períodos, tomamos las siguientes indicaciones cronológicas, que reducen mucho el cánon que, para los tiempos primitivos, saca Bökh de los números del africano: primer año de Menes, 3643 (Bökh, 5702); comienzo de la 4.ª dinastía (la de las Pirámides), 3229 (B., 4933); fin del antiguo reino y principio del de los Hixos (Hyksos), 2568 (B., 2607); fin de la dinastía de éstos y comienzo de la 18.ª y del nuevo reino, 1639 (B., 1183); fin de la 21.ª dinastía, 983 (B., 934); fin de la 25.ª dinastía, 688 (B., 679).

(*a*) Los fragmentos de las *Dinastías* de Maneton se hallan incluidos en los *Fragmenta historicorum graecorum* de la coleccion Didot, t. II.—(*N. T.*)

(*b*) Terminada en 1857; se celebran mucho las adiciones que á la traduccion inglesa de este libro ha puesto BIRCH, autor tambien de varios trabajos publicados en la *Archaeologia* y en las *Transactions of the Royal Society*.—(*N. T.*)

(*c*) El *Canon régio* de Eratóstenes se conserva por la referencia del cronógrafo bizantino Jorge el Sincelo.—(*N. T.*)

to; dos pueblos lo habitaron primero, uno negro, sometido despues por otra tríbu superior, fuente de su cultura (1). Sea que en tiempos anteriores existieron relaciones entre ésta y los caldeos (Babilonia), de los cuales recibió Egipto sus instituciones fundamentales; ó por el contrario, segun afirmaban los sacerdotes egipcios, era Babilonia una de sus colonias; ó lo que otros tienen por más verosímil, la educacion intelectual, siguiendo el curso del Nilo, descendió de Etiopía (Alto Egipto) al Egipto propiamente dicho; ó viceversa (así como en tiempos ulteriores tuvo lugar una reaccion en este sentido); ó por último, que Etiopía haya sido civilizada por la India, bien por mar, bien por la Arabia (á lo cual sólo pueden conducir ciertas analogías puramente externas); sea que la civilizacion haya nacido allí originariamente, en armonía con las condiciones de la vida espiritual y natural, que es lo que parece más probable, no son cues-

(1) Los principales egiptólogos modernos son, sin contar las numerosas obras de los dos CHAMPOLLION (de 1814 á 1840): C. LENORMANT, *Éclaircissements sur le cercueil du roi Mycérinus* (1837) y *Musée des antiquités égyptiennes* (1841); LEPSIUS, *Cronología de los egipcios (Chronol. der Aegypter*—1849); *Cartas de Egipto y Etiopía (Briefe aus Aegypten und Aethiopien*—1852); *Sobre la* 13.ª *dinastía (Über die* XIII.e *aegyptische Königsdynastie*—1853); *Libro de los reyes del antiguo Egipto (Königsbuch der Alten Aegypter*—1858); las obras de ROUGÉ, desde 1847 á 1868; BRUGSCH, *Inscripciones geográficas de los monumentos del antiguo Egipto (Geogr. Inschriften Altaegyptischer Denkmäler*—1857-60); los trabajos de MARIETTE, de 1855 á 1867; los de CHABAS, de 1856 á 1867; y los trabajos de MASPERO, BARUCCHI, BRUNET DE PRESLE, BIOT, DÜMICHEN, F. LENORMANT, DEVÉRIA, etc.—Deben tambien mencionarse: 1.º, el *Journal de lingüistique et d'archéologie*, publicado en Berlin desde 1863, primero, por BRUGSCH, y luego por LEPSIUS; 2.º, las publicaciones de textos originales egipcios por YOUNG, BURTON, SHARPE, LEEMANS, UNGARELLI y muchos de los antes citados.—Sobre los trabajos de Mariette y los egiptólogos franceses, V. *Les découvertes de l'égyptologie française*, por E. DESJARDINS (*Rev. des deux mondes* de 15 de Marzo de 1874).—(*N. T.*)

tiones que se pueden resolver satisfactoriamente con los datos y medios científicos que hoy poseemos. Pero si se procura comprender dicha civilizacion en su carácter interno, difícilmente podria dejarse de ver en ella el más importante producto original de una raza semítica, ó análoga á las semíticas.

La concepcion egipcia de Dios, el mundo y la vida se distingue radicalmente de la que hemos hallado en los pueblos asiático-arianos (1), en que, mientras en estos domina la tendencia al *mundo psíquico*, atravesando la vida toda un como rayo *ideal*, y subordinándose la Naturaleza al espíritu, en Egipto, la vida entera, en la investigacion filosófica, como en la accion exterior, se dirige hácia el mundo físico, se hace realista, y lleva á un alto grado de perfeccion consiguiente todas las ciencias y artes que se refieren á la Naturaleza. La cultura egipcia y la ario-asiática forman una oposicion, una contrariedad, que podria haberse armonizado en muchos respectos ventajosamente; pero que, si se ha mezclado varias veces, ha sido sólo en sus degeneraciones.

Poco es lo que se sabe del antiguo reino de Meroe. Parece, sin embargo, haber sido un verdadero Estado *teocrático*, tal como en ninguna otra parte encontramos. Los sacerdotes elegian al rey *de su seno;* y cuando no gobernaba segun su sentido, prévia declaracion del oráculo, tenia que suicidarse.

---

(1) Sobre la religion y la teogonia de los egipcios, comp. RÖTH, *o. c.*, p. 133, etc.—En la cúspide, hallamos una divinidad suprema, *Amun* (el escondido), de la cual se desenvuelve el mundo, primeramente en *cuatro* elementos, espíritu *(Cnef)*, materia *(Neith)*, tiempo *(Sevec)* y espacio *(Pascht)*. En un segundo período de creacion, nacieron *Re*, el sol, *Joh*, la luna, *Sate*, el espacio universal iluminado, y *Hathor*, el espacio universal oscuro. En la tierra, se corporalizaron estas ocho divinidades superiores, como doce dioses terrenos, que tienen grandes analogías con muchos de los dioses helénicos.

Entre Meroe y el Egipto, sean uno ú otro el más antiguo en la civilizacion, existieron muchas relaciones (1).

El antiguo Egipto, cuya capital, en los tiempos de su mayor florecimiento y poder, Tebas, causa con sus ruinas todavia hoy tan grandiosa impresion (2), era un Estado sacerdotal de *castas*, el cual, si conforma con el de la India en que las dos primeras clases eran la sagrada y la militar, aparece ménos ásperamente dividido, y fundado en otros principios religiosos. Sobre las demás castas, no se hallan contextes los autores.—En tanto que Estrabon hace de todas ellas una sóla, Herodoto las divide en cinco, y Diodoro en tres (pastores, labradores y artesanos). Muy probablemente, la raza negra inferior constituia una de estas clases (3). La casta sacerdotal se subdividia en superior é inferior, segun las divinidades y las profesiones, comprendiéndose en la última los empleados superiores, los jueces, escritores, médicos, arquitectos, en suma, toda la parte inteligente de la nacion. A esta casta, le estaba prohibida la poligamia.

La *monarquía* era hereditaria. A la extincion de la estirpe reinante, el nuevo rey era elegido de la casta sacerdotal ó de la guerrera, en cuyo último caso, ingresaba en la primera mediante la consagracion.

Por lo que concierne á las demás disposiciones jurídicas, aparece el Egipto, segun acertadamente se ha notado (4), como el modelo de un Estado *de policía*, donde todo, hasta los más pequeños pormenores, se hallaba regulado por mil

(1) V. WACHSMUTH, *Hist. de la civiliz. (Culturgesch).*

(2) V. DE PROKESCH, *o. c.*, t. I, p. 310.

(3) Creo con WACHSMUTH (*o. c.*, p. 127) que el *culto de los animales*, característico del Egipto, ha sido el originario de esta raza inferior, ulteriormente mantenido y extendido gradualmente despues. —V. diversas conjeturas sobre esto en LOEBELL, *o. c.* p. 316-319.

(4) WACHSMUTH, *o. c.*, p. 305.

formalidades. El trabajo se dividia segun las castas: cada indivíduo tenia que manifestar de qué vivia, y en cada casta, el trabajo y las artes, subdivididos de muchos modos, se distribuian entre familias que los ejercian, y en las cuales la herencia de aquella ocupacion era más bien un hecho natural, que precepto de la ley. Esta division del trabajo (conforme á la cual, por ejemplo, segun Herodoto, cada médico sólo habia de curar una parte del cuerpo) llegó á ser, en las nobles artes, un obstáculo para su ulterior desarrollo; mientras que, en los oficios inferiores, parece haber producido en Egipto tambien grandes progresos.

Se cuidaba mucho de cultivar el campo. Este era propiedad de los sacerdotes (esto es, del templo) y de los guerreros; los labradores eran sólo arrendatarios; los vecinos de las ciudades parece que poseian verdadera propiedad territorial en el término de la localidad (1).

Las leyes relativas á la vida mercantil, se cree que tuvieron un desenvolvimiento bastante exacto. La justicia se administraba con severidad. Merecen notarse las disposiciones de que en las deudas no era lícito poner mano en la persona del deudor, sino tan sólo sobre sus bienes (2); y que los intereses atrasados no pudiesen exceder del capital. No era ménos característica la lenidad con respecto á los ladrones de oficio, que formaban una verdadera corporacion, de la cual podian los robados recuperar sus cosas, pagando la cuarta parte de su valor (3).

Existia la poligamia, toda vez que á excepcion de los sacerdotes, á los que no se consentia más que una mujer, se permitia en general tener varias concubinas, además de la

(1) Loebell, *o. c.*, p. 125.
(2) Wachsmuth, p. 125.
(3) Loebell, p. 308.

principal esposa. El matrimonio del *levirado* (1) parece haber pasado de los egipcios á los hebreos. La forma de contraer matrimonio era un acto religioso, no la compra; y el padre tenia que dotar á la novia. La degeneracion del instinto sexual, en relacion con el respeto á la fuerza creadora de la Naturaleza, tuvo tambien lugar en alto grado entre los egipcios (2).

El influjo de la civilizacion egipcia sobre la europea, y especialmente sobre la griega, por más que ofrezca dificultad determinarlo en los pormenores, es en general indiscutible.

## §. 5.—Los pueblos semíticos (3), en general (4).

Los pueblos semitas, en especial los babilonios y probablemente los asirios, así como los sirios, cananeos, hebreos, armenios, fenicios, árabes, lidios, cartagineses, quizá los egipcios, y otros, han cumplido en la Historia, ante todo, la mision de armonizar y mezclar á los otros y sus diver-

(1) Matrimonio que se obligaba á contraer, con la viuda, al hermano del cónyuje difunto. La viuda citaba ante el tribunal á su cuñado, reclamando el cumplimiento de dicha obligacion; y si se negaba á ello, le daba un golpe con la sandália, diciéndole: "quita allá, tú, que no quieres levantar el nombre de tu hermano en Israel." Tal era su forma entre los hebreos, que la tomaron de los egipcios: con lo cual anticipamos y completamos lo que dice luego el autor.—(A.)

(2) WACHSMUTH, p. 127.

(3) Sobre los fenicios y sus ideas religiosas, debe mencionarse el libro del profesor TIELE, de Leyden, *Hist. compar. de las religiones antiguas: la religion de Fenicia é Israel (Vergelijkende Geschiedenis der Oude Godsdienten; de Godsdients van Fenicie en Israel)*, 1872. V. el artículo de A. RÉVILLE acerca de este libro en la *Rev. des deux mondes* de 15 de Mayo de 1873.—(*N. T.*)

(4) V., en parte, HERODOTO, t. I, y DIODORO, t. II; MOVERS, *Los fenicios* (*Die Fönizier*); DUNKER, *o. c.*, t. I.

sas civilizaciones; el principal asiento de estos pueblos, ya á orillas del Eufrates y el Tigris, ya entre ambos rios, favoreció naturalmente dicha mision. Prescindiendo del Egipto, sus primitivos Estados son difíciles de precisar cronológicamente: los dos Imperios babilónicos, antiguo y nuevo; el babilónico-asirio (1), dividido y reunido despues otra vez; el reino de los Himyaritas, en la Arabia, con su capital Saba, y los Estados de los judios, fenicios y cartagineses (2).

Si se exceptúa á los hebreos, no es fácil indicar cuáles fuesen las primitivas ideas religiosas, comunes á estos pueblos. Segun las tradiciones históricas, nótase en los más de ellos, por lo que toca á la religion, la apoteósis de la oposicion sexual, propia de la Naturaleza y significada en una divinidad masculina *(Baal,* el dios del *Sol, Osiris)* y otra divinidad

(1) Un nuevo ensayo de determinacion cronológica ha hecho (prescindiendo, en parte, de las anteriores suposiciones) J. de GUMPACH en su *Compendio de Historia asirio-babilónica (Abriss der Babylonisch-Assyrischen),* apoyándose en el *Bosquejo de Historia de Asiria (Skizze der Gesch. Assyriens)* de RAWLINSON, segun las inscripciones descubiertas en Nínive por LAYARD (Mannheim, 1854). El autor coloca el antiguo Imperio babilónico (en el que, á consecuencia de la emigracion de Abraham, la historia judia se separa de la babilónica) desde 2500-1274; el asirio-babilonio, fundado por Nimrod, desde 1274-748; los reinos divididos, desde 747-680; los dos reunidos de nuevo, desde 680-607; el nuevo Imperio babilonio, de 607-538, en cuyo tiempo, el Estado babilonio se absorbe en la dominacion universal de los persas.

(2) Los importantes trabajos y descubrimientos de M. LAYARD (ministro que ha sido de Inglaterra en España, y actualmente representante de aquella Nacion en Constantinopla) se hallan principalmente consignados en las publicaciones siguientes: *Monuments of Nineveh; Ninive y sus ruinas (Nineveh and its remains); Inscripciones cuneiformes (Inscript. in cuneiform character); Inscr. cuneif. del Asia occidental (Cun. inscript. of Western Asia),* etc.—V. tambien: NIEBUHR, *Hist. de Asir. y Babil. (Gesch. Assurs und Babels,* 1857); OPPERT, *Hist. des empires de Chaldée et d'Assyrie; Les inscriptions des Sargonides,* etc.—*(N. T.)*

femenina y receptiva (*Baaltis, Milita, Isis*); lo cual estimuló esencialmente la gran corrupcion del instinto sexual en aquellos pueblos. Pero estas ideas deben considerarse ya como fruto de una aberracion espiritual posterior. De todos modos, en los hebreos, tan afines á estas razas, hallamos una concepcion religiosa y ética de la vida, radicalmente diversa, que ahora expondremos más al pormenor.

### §. 6.—Los hebreos y su derecho (1).

Entre los pueblos semíticos, descuella el hebreo (2) por la elevada mision que le asignó la Providencia en la historia del mundo. En él se ha conservado con toda pureza la primitiva concepcion religiosa de la raza semítica. Pues ni

---

(1) V. LEO, *Historia del Estado judío (Gesch. des judischen Staates)*; JOGST, *Historia general del pueblo de Israel, brevemente resumida (Allg. Gesch. des Israels Volkes in gedrängter Übersicht)* 1832; EWALD, *Historia del pueblo de Israel (Gesch. d. Volk. Isr.)*, 2.ª edicion, 1851; las *Antigüedades de Israel (Alterth. d. Volk. Isr.)*, del mismo; LEPSIUS, *Cronología (Chronologie)*; DUNKER, LOEBELL y WACHSMUTH, *o. c.*—Sobre el derecho hebreo, especialmente, V. la obra fundamental de MICHAELIS, *Derecho mosáico (Mosaisches Recht)*, 6 partes, 2.ª ed., 1793; SALVADOR, *Histoire des Institutions de Moïse*, 1829; SAALSCHÜTZ, *El derecho mosáico (Das mosaische Recht)*, 2.ª ed., 1853: FASSEL, *El derecho civil mosáico rabínico (Das mos. rabbinische Civilrecht)*, Viena, 1852.

(2) Pueden añadirse á las fuentes antedichas (además de las *Antigüedades judáicas* de JOSEFO, la *Vida de Moisés* de FILON y el *Derecho de los hebreos (Jus hebraeorum)* de SELDEN): MUNK, *La Palestine*, 1845; WALLON, *La Sainte Bible*, 1854; F. LENORMANT, *Manuel d'hist. ancienne de l'Orient*, 6.ª ed., 1869, t. I; RENAN, *Hist. génér. de langues sémitiques*, 1855; SCHILLER, *La mision de Moisés (die Sendung Moses)*; LEO, *Lecciones sobre la hist. del Estado judío (Vorles. über die Gesch. des jud. Staates)*; SAINT PHILIPPE, *Monarchie des hébreux*; BAUR, *Importancia del pueblo israelita para la Historia univ. (Ueber die weltgeschichtl. Bedeutung des israelitischen Volkes*, 1847); HERDER, *Espíritu de la poesía hebrea (Vom Geist der hebräis-*

Abraham ni Moisés son fundadores de religion, y sí sólo representantes de su pueblo, al que gobiernan, como elegido, bajo la asistencia especial del Supremo Dios.

A todas las otras religiones orientales, les faltó sobre todo la idea y el dogma de *un* Dios vivo, que guia, como Providencia, la vida de los hombres, si bien atiende especialmente al pueblo escogido. Estas ideas de Providencia, de un gobierno divino del mundo, de un lazo personal, de una alianza entre Dios y el pueblo preferido, no las recibieron prestadas de otros pueblos, como pasó con diversas representaciones y prácticas que tomaron del Egipto y aun de Babilonia durante la cautividad; proceden, por el contrario, de una concepcion primitiva, renovada y fortalecida por Moisés. Ningun pueblo se halló más apropiado para guardar y trasmitir una creencia religiosa. Apegado, en efecto, á las tradiciones, dotado de gran tenacidad y obstinacion, ménos influido por la fantasía que los demás pueblos orientales, más sencillo y juicioso que ellos, era el hebreo el mejor dispuesto para abrazar y mantener una concepcion simplicísima de Dios. Cierto que sus jefes espirituales tuvieron que luchar frecuentemente con su propension á la idolatría, robustecida en Egipto; pero, sin embargo, jamás cayó en ella totalmente.

Abrazando su historia en una breve ojeada, hallamos ante todo en la vida de los patriarcas un retrato fiel y agradable de la sencillez de sus costumbres: sencillez tan gran-

---

*chen Poesie).*—Entre nosotros, deben particularmente citarse: GARCÍA BLANCO, *Análisis filosófico de la escritura y lengua hebrea*, 1846-51, 3 t. y AMADOR DE LOS RIOS, *Historia de los judíos en España*, 1850, é *Hist. social, política y religiosa de los judíos de España y Portugal*, 1875, 4 vol. Sobre los estudios hebráicos en España, V. tambien la *Biografía* de GARCÍA BLANCO, é *Historia compendiada de los conocimientos hebreos en España*, 1869.—(*N. T.*)

de, que sólo pueden compararse con ellas en algunos respectos, las de los primitivos tiempos de la raza aria. *Abraham*, jefe de nómadas pacíficos, emigró de Mesopotamia á Palestina, 2136 años próximamente antes de Jesucristo. *Jacob*, hijo de Abraham, pasó á Egipto hácia 1921 antes de Jesucristo; y allí permaneció el pueblo hebreo hasta 1491. *Moisés*, educado, segun la tradicion, en todos los misterios de la ciencia de los egipcios, no es en manera alguna un representante de ésta; antes por el contrario, depura y vigoriza tan sólo los primitivos dogmas de su pueblo.

Él fué su legislador, pero con mayor elevacion y sentido más profundo de la vida y sus relaciones, que Manu y Zoroastro.

La base de sus instituciones es el *monoteismo*, limitado ciertamente al pueblo de Israél; pero sirviendo este exclusivismo para separarlo de un modo más completo de los demás pueblos politeistas. En las leyes mosáicas, se juntan íntimamente el elemento religioso y el jurídico-político; el principio constitutivo del Estado es la *teocracia* (el gobierno *de Dios)*, no la dominacion de la casta sacerdotal, como en otras partes, con la cual se ha confundido aquella frecuentemente y sin motivo: pues Dios mismo, Jehová, es el poder gobernador invisible. Verdad es que entre las doce tríbus de Israel estaba la de Leví, constituida como clase sacerdotal á la cabeza de las otras. Pero esta clase, que no poseia misterios, como sus análogas en otros pueblos, tuvo siempre muy limitado influjo en la gobernacion del Estado. La creencia en el supremo gobierno de Dios mismo se expresa por el contrario en la conviccion que tenian los israelitas de que Dios, en todos los casos necesarios, haria surgir jefes especiales y profetas; siendo el *profetismo*, para cuya formacion Samuel instituyó luego un colegio, como un principio director en el sistema de la teocracia hebráica. El pueblo, entregado hasta

entonces á la vida nómada, sobre todo, hubo de llegar un dia á ser agricultor, y tambien entonces se reafirmó su relacion religiosa con Jehová.

Dios mismo era, en efecto, el que reputaban dueño de la tierra conquistada, que, segun su mandato, quedó repartida entre las familias de las tríbus, excéptuando á las de la décicima, ó sea la de Leví. La parte correspondiente á cada una debia, como testimonio que era de la voluntad del *Eterno*, pertenecerle siempre, de suerte que las compras é hipotecas de fincas eran sólo temporales, volviendo, cada 50 años, en el año del jubileo, toda la propiedad de una familia á poder de los miembros llamados por derecho de sucesion á poseerla. Así, tambien las deudas quedaban remitidas al cabo de siete años; y el israelita que habia caido en esclavitud, quedaba libre. Por lo que toca á la eficacia de esta institucion del año del jubileo, establecida por Moisés al intento de hacer consistentes las relaciones sociales y crear una vigorosa organizacion agrícola , es dudoso si fué grande; en todo caso, y á la par de otras leyes parecidas, no subsistió mucho tiempo.

La legislacion de Moisés en punto á la moral, es bien sabida. Si en la mayoría de sus preceptos se ofrecen al pueblo elevados ideales para su conducta, otros, por el contrario, prueban qué groseros eran sus sentimientos y cómo el legislador los tuvo presentes, sobre todo en lo relativo al matrimonio y á la sancion penal de los delitos.

Establece la poligamia, y aun se permite que se tomen como concubinas las esclavas y siervas de las mujeres: los hijos habidos son todos legítimos y con derecho á la herencia de sus padres. Al Sumo Sacerdote no le es permitido, sin embargo, tener más de una mujer (1), ni tampoco se con-

(1) Se puede deducir esto con GANS, *o. c.*, I, pág. 130, del *argumentum a contrario* del *Lev.* XXI, 13.

siente en adelante á los reyes de Israel un número excesivo (1). El matrimonio consistia en una compra, sin que fuera la voluntad libre de los cónyujes, sino la decision de los padres, la que servia para constituir el vínculo. Este aparece impuesto en un sólo caso, en el *levirado* (2). En efecto, cuando moria alguno sin dejar varones, debia el hermano casarse con la viuda, y el primer hijo nacido de estas segundas nupcias llevaba el nombre y recibia la herencia del primer marido de su madre. Por lo demás, estaba prohibido el matrimonio entre afines y consanguíneos en igual grado. Sólo el marido estaba autorizado para promover el divorcio. La infidelidad no se admite, sino en la mujer, á la cual se castiga, como al adúltero, de una manera bárbara: apedreando á los culpables. La *pátria potestad* era tan ámplia, que podia el padre abandonar al hijo, y aun vender las hijas como esclavas. La *sucesion hereditaria* era intestada. Cierto que, al modo que en otros pueblos orientales, tenia tambien el padre facultad de distribuir la herencia, pero sólo dentro de su familia; pero no es posible asimilar este derecho con el de testar (3). El primogénito recibia doble porcion: las hijas excluian á los descendientes más lejanos, aunque fuesen varones. No habia formas especiales prescritas para los contratos. Estaba prohibido á los israelitas tomar á interés unos de otros; pero de los extraños, no sólo podian, sino que hasta se les mandaba hacerlo. En el antiguo *derecho penal* de los hebreos, impera la ley del talion, bárbaramente ejecutada. Moisés suavizó con todo este principio, y aun se opuso tambien á las represalias.

---

(1) Esta disposicion, á la verdad, sólo se halla en el *Deut.* XVII, libro que, segun opinion moderna, contiene el derecho constituido ulteriormente en tiempo del rey Josías (625).

(2) V. la nota (1) de la pág. 314.—(A).

(3) Gans, *o. c.*, pág. 149 etc., combate la opinion de Michaelis, que admite un derecho de testar.

Merece, empero, consignarse especialmente el noble carácter de caridad, de auxilio en la desgracia, que se revela en los hebreos, relacionado íntimamente con su concepcion de Dios como fuente de amor y misericordia. Aquel sentimiento caracteriza á los israelitas y á los indos, y los separa de los otros pueblos, del griego y romano sobre todo; en él se funda tambien la forma mucho más benigna que tomó la esclavitud entre los primeros.

Su vida, despues de su regreso de la cautividad de Babilonia, tomó en muchos respectos un sello moral más riguroso: la monogamia, por ejemplo, prevaleció desde entonces y desapareció por completo la compra de la mujer, así como el matrimonio del levirado.

Con la venida del Cristianismo, quedó cumplida la mision histórica del pueblo hebreo.

Despues de la destruccion de Jerusalem por los romanos, los judios que permanecieron en Palestina fueron reconocidos por aquellos, hasta la supresion de su patriarcado (hácia 429), como una comunidad nacional religiosa y civil, que podia vivir segun sus leyes. Nació entonces un derecho diferente del mosáico, fundado, en parte, en principios del romano y elaborado científicamente por los *Rabinos*, los maestros de la religion y del Derecho.

Nacieron escuelas rabínicas en Palestina y en las márgenes del Eufrates, principalmente consagradas á escribir las tradiciones *orales* atribuidas á Moisés y á sus sucesores y cuyo conjunto se llama *Mischna* (la segunda ley). Una coleccion ordenada de este género se debe á *Jehuda Hacadosch* (hácia el año 220), distinguido profesor de la escuela de Tiberiades. El respeto á esta coleccion era tan grande, que se la llamaba por antonomasia Mischna y tenia en su aplicacion fuerza de ley. La Mischna de Jehuda recibió aclaraciones y complementos de una série de intérpretes, á cuyos trabajos, reuni-

dos en Jerusalem (350) y en Sura, junto á Babilonia (521), se dió el nombre de *Ghemara* (doctrina). La Ghemara y la Mischna constituyen el *Talmud* (el libro de la doctrina), del cual hay, pues, dos distintas redacciones: la del Talmud de Jerusalem y la del de Babilonia. Este libro ha seguido siendo, hasta hoy dia, el Código religioso y jurídico de los judios. Otra refundicion, principalmente relativa á la parte jurídica, hizo el español *Moisés Maimónides* († en 1205) (1), ilustre tambien como filósofo y muy perseguido por sus ideas en este órden. Goza de gran autoridad un tratado del siglo XVI, cuyo título es *Schulchan-Aruch* (la *Mesa cubierta*). Moisés *Mendelssohn* dió en 1778 un extracto de este libro. Las últimas exposiciones del derecho mosáico-rabínico son las de *Saalsschütz* (2) y *Fassel* (3).

(1) Sobre Maimónides, pueden verse: FRANCK, *Études orientales*; MUNK, *Mélanges de philosophie judaïque et arabique*; RENAN, *Averroes et l' averroïsme*; GEIGER, *Noticia sobre la vida y escritos de Maimónides* (alem.); SAISSET, *Maim. et Spinoza* (art. public. en la *Rev. des Deux Mondes* de 15 de Enero de 1862); VIDART, *La filosofía española*, 1866.—(*N. T.*)

(2) V. pág. 316, nota (1).

(3) Sobre la aplicacion del derecho judio en los Estados modernos, V. MITTERMAIER, *Derecho privado aleman (Deutsches Privatrecht)*, §. 118, y la obra de PHILLIPS, que lleva el mismo título, I, 316.

## §. 7.—El Islam (1) y el derecho musulman (2).

El judaismo ha llegado á ser el punto de partida de dos evoluciones religiosas, á saber: del Cristianismo, en grado superior, y de una rama secundaria, el mahometismo, que, por razon de su carácter, pertenece al Oriente (3).

---

(1) Sobre el islamismo en general, V. HERBÉLOT, *Bibl. orientale*, 1777, III y IV; KLAPROTH, *Tableaux hist. de l'Asie*; *Observ. hist. et critiques sur le Mahométisme*, trad. del inglés por. G. SALE, como prólogo á la version francesa del *Coran* por KASIMIRSKI, en los *Livres sacrés de l'Orient*, 1840; WEIL, *Mahommed*, 1843; J. DE HAMMER, *Prospecto enciclopédico de las ciencias del Oriente (Encycl. Uebersicht der Wissenschaften des Orients)*, 1809; y su *Hist. de los Haschischin (Gesch. der Assassinen)*, 1818. Las últimas obras de mayor importancia sobre el islamismo están indicadas y criticadas en los *Anales de Viena (Wiener Jahrbüchern)*, 1834; t. LXVIII.—Sobre el derecho musulman, en particular: el *Coran*, trad. al aleman por WAHL (1828) y por ULLMANN (1840). Sobre la bibliografía relativa al asunto: ZENKER, *Bibliotheca orientalis*, Leipzig; DE HAMMER, *Organizacion y Administracion políticas del Imperio Osmánico (Staatsverfassung und Staatsverwaltung des osmanichen Reiches)*, Viena, 1812; GANS, *o. c.*, t. I; WORMS, *Récherches sur la constitution de la propriété territoriale des muselmans*, 1846.

(2) Véanse, además: el *Derecho musulman*, primera parte de los *Estudios sobre las legislaciones antiguas y modernas*, de Joanny Pharaon y Teodoro Dulau; la *Exploracion científica de la Argelia*, obra voluminosa, publicada por el gobierno francés, en la que se expone todo el desarrollo de esta legislacion; los *Estudios sobre la ley musulmana segun el rito malekita*, que era el de los árabes españoles y es hoy el de los de Africa; el folleto del Baron de Roguet, titulado *Legislacion musulmana*, resúmen de todo este derecho; las *Leyes de moros*, obra de un mudejar del siglo XIV, publicada por la Academia española de la Historia; y las obras recientes de T. Cadoz: *Iniciacion á la ciencia del Derecho musulman y Derecho musulman malekita*. Todos estos trabajos se hallan escritos en francés. Puede consultarse tambien la obra del inglés Mac Chombaich de Colguhoun: *Sumario del Derecho civil romano, ilustrado con comentarios y comparado con el mosáico, el canónico, el musulman, el inglés y el extranjero*.—(A.)

(3) Sobre la civilizacion musulmana en España, deben verse:

*Mahoma* (nacido en 571), partiendo principalmente del mosaismo, si bien tomando al par ciertos preceptos de la pura moral cristiana, predicó en 609 el *Islam* (la *salud*), sobre la base de un monoteismo simple, pero mantenido con severo rigor (1) y que, libre de la limitacion nacional judáica, debia difundirse entre todos los pueblos, hasta por medio de la fuerza. Esta doctrina, poco favorecida por una profunda investigacion filosófico-religiosa (2), no ha hallado acceso alguno en los pueblos civilizados. Aun entre los indos, caidos en el politeismo, pero de tan altas dotes intelectuales, entre los persas, en algunas tríbus eslavas, poco penetradas todavia por el espíritu del Cristianismo, si se ha entronizado, ha sido sólo por la violencia, como un poder meramente exterior, que de ninguna manera arraiga en el espíritu; únicamente en los pueblos mongoles y algunos semíticos y negros, cuyas dos pasiones nativas, la guerra y la sensualidad, recibieron de esta suerte un barniz religioso, se difundió rápidamente, llegando á ejercer un influjo, poco

CONDE, *Dominacion de los árabes en España*; DOZY, *Rêcherches sur le moyen âge*; é *Hist. des musulmans d' Espagne*, trad. y anotada por D. Federico de CASTRO, con el título de *Hist. de los musulmanes españoles hasta la conquista de Andalucía por los almoravides* (van 3 vol., de los 4 que tendrá la obra—1877); DE SCHACK, *Poesía y arte de los árabes en España y Sicilia*, trad. del alem. por D. Juan VALERA, (3 vol.—1872).—Grande interés ofrecen tambien las traducciones de los orientalistas Gayangos, Lafuente Alcántara, Fernandez Gonzalez, Simonet, etc.—(*N. T.*)

(1) La unidad absoluta de Dios, la predestinacion, la sensualidad que se muestra en la naturaleza de las promesas de la vida ultraterrena, y la absorcion del órden jurídico en el religioso, son los rasgos característicos de esta doctrina.—(A.)

(2) Sobre los dos sistemas filosóficos de los *motajalin* y *moatesilin*, el primero de los cuales es ortodoxo y desenvuelve un despotismo consecuente de la concepcion de la *voluntad* divina, como único y exclusivo principio, V. RITTER, *Hist. de la Filos. (Gesch. der Phil,)* t. VII.

educador sin embargo. En general, esta religion, más que ninguna otra, se ha ido formando segun el carácter de los pueblos que la recibieron, en muchos de los cuales vemos nacer una civilizacion (v. gr. en los persas, árabes y moros), que no puede atribuirse tanto al islamismo, cuanto á las aptitudes intelectuales de estas razas (1). Pero, sea cualquiera la suerte en adelante de esa doctrina, hoy sin duda en notoria decadencia (2), necesitará, para mantenerse en Europa, ponerse más en armonia con las ideas morales y jurídicas reinantes, establecer al efecto la distincion (3) entre el órden

(1) De todos modos, el ver cómo esa raza sale del desierto y en poco más de cien años extiende sus conquistas desde los Pirineos hasta China, desenvuelve una civilizacion, durante los califatos de los abasidas en Oriente y de los omeyas en Occidente, que produce las maravillas de Damasco, Bagdad y Córdoba, contribuye de un modo tan decisivo al renacimiento de la filosofía en Europa, y deja de su génio artístico y de sus conocimientos en agricultura monumentos y vestigios como los que todavia podemos admirar en España, se echa de ver la injusticia con que frecuentemente ha sido juzgada la historia de esta raza, que fué muy otra cosa en los tiempos pasados de lo que es en los presentes.—(A.)

(2) Es muy curiosa la apología del mahometismo, que en estos últimos tiempos ha hecho en Inglaterra (país donde tantas simpatías halla, á lo menos en el partido conservador, la causa de Turquía) R. Bosworth Smith, en sus conferencias dadas en la *Institucion Real* (*Mohammed and Mohamedanism*, 1876.)—V. el artículo crítico de A. Réville: *Une apologie anglaise de l' islamisme*, en la *Rev. des Deux Mondes* de 1.º de Julio de 1877.—Últimamente el Sr. D. Eduardo Saavedra ha dado en la *Institucion libre de enseñanza* de Madrid una conferencia sobre *El Coran*, verdaderamente notable, en la cual se exponen y juzgan los últimos trabajos sobre Mahoma y su obra. Esta conferencia habrá sido ya publicada, cuando estas líneas vean la luz. —(*N. T.*)

(3) La confusion de estos dos órdenes ha llevado á algunos á declarar la idea del Estado hasta extraña al mahometismo; cosa que, cuando más, podria decirse del budhista, el cual, como hace notar Dozy ("yo no reconozco otro Señor que el del universo"), parece el hombre más libre de la tierra, pero le falta el sentido de la sociedad y del Estado, dentro de cuyas esferas es sólo posible la libertad ra-

religioso y el jurídico-político y (condicion esencialísima) la reforma de la legislacion matrimonial, que sólo sirve para adular los apetitos de los grandes y alimentar el despotismo en sus raíces.

Las *fuentes* del derecho musulman deben distinguirse, segun que proceden: *a)* de la *primitiva* ley religiosa y jurídica, el *Coran*; *b)* de la *tradicion*; *c)* de los trabajos *científicos*; *d)* del derecho *consuetudinario*; *e)* de la *práctica* y especialmente de la *legislacion* (1).

El *Coran*, que contiene los dogmas proclamados por el mismo Mahoma en diversas épocas, pero ordenados solamente por sus sucesores, es á un tiempo fundamento de las creencias y del derecho: por donde sus preceptos jurídicos revisten al par carácter de deberes religiosos.

Al lado del Coran, formóse bien pronto una *tradicion* referida á Mahoma y escrita por sus sucesores, maestros de la fé *(imames)*, en el siglo II de la *heschira* ó era musulmana; siendo denominada *Sunna* y tambien *Jadis*. Los preceptos, así de la sunna como del Coran, se llaman *Aschcams*.

Respecto de esta tradicion, se produjo, como es sabido, el cisma entre los *Xiitas*, sectarios de Alí, y los *Sunniitas*. El derecho musulman xiita es el que rige principalmente en Persia; su rival, en toda Turquía y en los países pertenecientes á ésta, en Tartaria, el Indostan, etc.

---

cional humana. Esta unidad político-religiosa, que llevaba á Mahoma á afirmar un Dios en el paraiso y un profeta-emperador en la tierra, tenia que conducir á un absolutismo teocrático y despótico, al que no fueron obstáculo bastante fuerte máximas como estas, que se leen en el Coran: "la tiranía devasta un país, como el viento destructor de otoño un jardin delicioso;" "no oprimas, si quieres que tu poder no decline;" "el más pequeño suspiro del oprimido llega á Dios;" "piensa en el reducido espacio del sepulcro," etc.—(A.)

(1) V. sobre este punto y sobre el derecho musulman, algo más extensamente, V. á WARNKÖNIG, *Encicl.*, 162 etc.

La Sunna ha producido la más rica literatura y cuatro escuelas de los cuatro imames, *Janifa* (699-769), *Xafei* (767-819) *Malec* (701-795) y *Hanbal* († en 855), de los cuales, sin embargo, la primera y la tercera son las más extendidas: aquella, en Turquía, Tartaria é India; ésta, en toda el Africa setentrional (1).

La jurisprudencia, rama de la teología práctica, cuyos peritos se denominan *ulemas*—de entre ellos se eligen los *muftis* (los doctores en la ley, consejeros de la jerarquía superior), los *mollahs* (jueces para las provincias y grandes ciudades) y los *cadís*—ha producido cuatro manuales y tratados, entre los que son los más en boga el *Multeca* de *Ibrahim Jalebi* († 1549) y el *Mujtacar* de *Jalil* († en 1422), ambos del rito malekita.

Las fuentes que hoy todavia subsisten son: *a)* las leyes y disposiciones del jefe del Estado en forma de *firman* ó de *jattischerif; b)* el derecho consuetudinario *(aadet)*, y *c)* la práctica, que se apoya especialmente en las sentencias *(fetwas)* de los muftis, los cuales forman en Constantinopla un colegio, cuyo jefe, llamado *Xeic-ul-Islam*, es el supremo intérprete de la ley.

El derecho musulman establece, en lo privado y lo público, una diferencia de capacidad entre los musulmanes y los no musulmanes, conforme á la cual han de pagar los segundos una capitacion, en señal de sumision y dependencia; no pueden tener verdadera propiedad territorial, pues ésta pertenece al dominador, sino tan sólo posesion tributaria, pero hereditaria y trasmisible; y ocupan una situacion diver-

(1) Las obras de Malec, como de sus comentaristas, especialmente Jalil († 1422), han sido traducidas y explicadas por Perron, bajo el título de *Précis de jurisprudence musulmane, selon le rite Malékite* (París, 1849), por encargo del Ministro de la Guerra de Francia, para que sirviese de Código á las autoridades francesas en Argel.

sa, así en el derecho criminal, por lo que se refiere á las penas, como respecto del testimonio, en el procedimiento. En estos puntos, comienza ahora (1) una reforma decretada en principio, pero todavia pendiente de ejecucion.

En lo tocante al *matrimonio* (2), el Coran permite la poligamia, si bien limitando el número de las mujeres legítimas á cuatro (aunque sin contar las concubinas), á las cuales se otorgan ciertos derechos y honores. Pero, dada la posicion del marido en la casa, están, en realidad, sujetas á su albedrío; y sólo en caso de divorcio, que en determinadas circunstancias pueden pedir las mujeres tambien, aunque difícilmente lograrlo, les aseguran la ley y los tribunales ciertos derechos por lo relativo á los bienes.

En el derecho de *sucesion*, uno de los más complicados y artificiosos, hasta el punto de que los jurisconsultos árabes consideran que constituye la mitad de toda su ciencia jurídica (3), debe singularmente notarse que los parientes próximos no siempre excluyen á los más lejanos, en lo cual se ha pretendido ver una señal de la suavidad característica del Coran; cuando no lo es, sino de la falta de concreta determinacion en el amor y sentimiento de familia.

Aunque la teoría de las *obligaciones* ha sido ámpliamente desarrollada por los jurisconsultos, no se halla en el Coran, el cual se limita á recomendar en general que los contratos se hagan por escrito, ó ante dos testigos; advirtiendo que el

(1) El *jatti-humayun* de la Puerta, á consecuencia del tratado de Paris que en 1856 puso fin á la guerra entre Rusia y Turquia, mejoró sin duda esta situacion; hoy no es posible dudar de que, cualquiera que sea la terminacion de la actual cuestion de Oriente, los cristianos han de quedar mucho más favorecidos, cuando no enteramente emancipados.—(*N. T.*)

(2) V. extensamente UNGER, *o. c.*, p. 44, etc.

(3) GANS, *o. c.*, I, p. 205.

testimonio de dos mujeres equivale al de un varon (1). Prohibe severamente, aquel libro, el préstamo á interés (2), y encarga la consideracion para con el deudor imposibilitado de pagar.

El derecho *penal* es principalmente un sistema de multas, fundado sobre la venganza privada, usual en las tríbus árabes, y en el cual la cantidad de la multa difiere segun la clase social, la especie y la gravedad de los delitos; así, por ejemplo, en el homicidio de una mujer, la multa es la mitad que en el de un hombre de su misma clase.

Mediante el islamismo, entró en Europa el despotismo oriental, que reune el poder religioso y el político y penetra todas las esferas de la vida; despotismo quebrantado anteriormente por los griegos y romanos, que ahora debemos estudiar.

FIN DEL TOMO PRIMERO.

(1) *Coran*, cap. II, 282.

(2) *Id.*, id., 276, etc.—Cómo esta prohibicion, ménos directamente infringida por los musulmanes concienzudos, pero en muchos países y en el trato con cristianos y judios se elude por medio de supuestas ventas y restituciones gratuitas, etc., y cómo ha producido la elevacion del interés (á menudo, 30 y 40 por 100), puede verse en el artículo *La Siria*, etc., en la *Revue des Deux Mondes* de Marzo de 1855.

# APÉNDICE

## SOBRE EL DERECHO EGIPCIO Y EL HEBRÁICO.

Conviene completar las indicaciones respecto de Egipto y de los Hebreos, con algunas consideraciones relativas á ciertos particulares.

### A.—Sobre el derecho egipcio.

1.ª—Que el *fetichismo* fué en Egipto religion sólo de la gente inculta, lo muestra el concepto de Dios que revela esta inscripcion: "Dios ha sido, es y será"; y la siguiente especie de confesion que figura en un ritual, citado por Lenormant: "no he blasfemado, ni engañado, ni robado; no he hecho traicion, ni tratado á nadie con crueldad; no he sido perturbador, ni perezoso, ni borracho; no he dado órdenes injustas, ni tenido una curiosidad indiscreta, ni dicho tonterías, ni golpeado, ni atemorizado, ni maldecido á nadie; no he sido envidioso, ni hablado mal del rey, ni de mi padre; no he hecho acusaciones falsas, ni quitado la leche á las criaturas, ni practicado el aborto, ni he hecho mal al esclavo, ni abusado de mi superioridad." Despues de esta parte negativa, viene otra positiva más breve, pero más notable, en la que se declara haber hecho ofrendas á los dioses y dado de comer al hambriento, de beber al sediento y de vestir al desnudo.—Interesante es, por cierto, el estudio que sobre el fetichismo ha publicado Heriberto SPENCER: *Origen del culto de los animales*, en la *Review Fortnightly* de Mayo de 1870; trad. al francés por A. BURDEAU, é incluido en los *Essais sur le progrès*.

2.ª—Tan distintos eran el fundamento y la naturaleza de las castas en India y en Egipto, que algun escritor moderno sostiene que en este último pueblo eran tan sólo clases, las cuales, así y todo, no fueron trasmitidas á los hebreos, ni á los griegos, educados en parte por los egipcios.

3.ª—Se ha citado al Egipto como un tipo de *burocracia* en la antigüedad, y de ello es una prueba la severidad con que se castigaba al que faltaba á la verdad en la declaracion anual que todos tenian que hacer de sus bienes, productos, etc.

4.ª—Habia un tribunal en cada *nomos* y sobre ellos otro supremo, compuesto de treinta jueces, sacerdotes ó nombrados por estos. El procedimiento era escrito, estando prohibida la discusion oral, por

temor de que el arte retórico estorbase el conocimiento de la verdad; y hasta la sentencia se pronunciaba en silencio, volviendo el presidente hácia el reo una especie de medallon ó efigie de la justicia. Es de notar el famoso *juicio de la sepultura*, á que se sometia hasta el rey, para ver si el muerto era ó no digno de aquella.

5.ª—Aunque Diodoro refiere el hecho de la organizacion, que podria llamarse corporativa, de los ladrones, parece contradictorio con el de castigarse el robo; y se cree que fueran cuadrillas de malhechores, con las que se veia obligado el poder á tratar, como ha sucedido en otros tiempos y en otros pueblos, bastante más modernos.

6.ª—No obstante la existencia de las castas (de las cuales, la sacerdotal y la guerrera predominaron alternativamente, segun los tiempos), la organizacion de la propiedad, hecha en favor de las mismas, el feroz tratamiento para con los vencidos, etc., etc., se revela la tendencia á reconocer el principio de la unidad humana en los siguientes hechos, que son ciertamente imposibles de desconocer: en la naturaleza de las mismas clases; en que sólo los extranjeros pudiesen caer en esclavitud; en negarse el derecho de vida y muerte á los amos sobre sus esclavos; en lo moderado de la pátria potestad; en la consideracion que alcanza la mujer; en no admitirse la prision por deudas; en imponerse igual pena al que mataba al hombre libre que al que mataba al esclavo; en el juicio de sepultura, de que nadie estaba excluido; en haber existido un rey procedente de las castas inferiores, etc. Por esto se ha dicho que Egipto era, en el órden moral, como en el geográfico, el intermediario entre la civilizacion de Oriente y la de Occidente. —(A.)

## B.—Derecho hebráico.

1.ª—Tan manifiesto como es el predominio del fin jurídico en Roma, lo es el del religioso entre los hebreos: religiosa es su ciencia, y cuando la filosofía se desarrolla algun tanto, es, ó para pasar de la ley antigua á la nueva (esenios), ó para aliar el mosaismo con la civilizacion griega (Filon); religiosa es su bella y elevada literatura, consagrada á cantar la grandeza de Dios y el destino del pueblo hebreo; religiosos son sus libros históricos, poéticos y proféticos; religiosa su moral, expresada en los mandamientos de Moisés; religiosa su propiedad, que pertenece á Dios y que se organiza atendiendo á la conservacion del pueblo depositario de la idea monoteista; y religiosa era aquella política que inspiraban los profetas, tribunos sagrados del pueblo, atentos á velar por la pureza de la fé y por el destino providencial de su raza.

2.ª—En la concepcion religiosa del pueblo hebreo, hay una oposicion

que se refleja en su derecho: su Dios es á la vez *uno* y *nacional*. Y así, de un lado, se concluye en la igualdad de todos los hebreos, no distribuidos en castas, ni en clases; en una esclavitud, que no tiene nombre en aquella lengua y que es más bien un servicio doméstico; en una naturalizacion de los extranjeros, que constituye á los que la alcanzan en la condicion de *prosélitos*; en un derecho internacional, que durante la paz arguye la consideracion de aquellos. Y de otro, el carácter privilegiado de depositario de la idea de Dios, que se atribuye el pueblo hebreo y el aislamiento á que en consecuencia aspira, lo llevan á reconocer la esclavitud permanente del extranjero, cuando era sólo temporal la del nacional; á autorizar el préstamo con interés cuando se hace á aquel, y no cuando á éste; á castigar con una multa el plagio del uno, y con la muerte el del otro; á hacer una guerra de exterminio, cuando aquella estallaba, no entre las tríbus, sino con pueblos extraños, etc. Es decir, que se muestran las consecuencias del principio de unidad luchando con las del opuesto, que predominaban por todas partes en aquellos tiempos.

3.ª—El influjo de la civilizacion egipcia sobre la hebrea es manifiesto en el derecho. Muéstrase en la tendencia á reconocer la unidad, indicada en la primera y más desenvuelta en éste; en la *leviracion*, en la consideracion de que era objeto la mujer; en ciertos pormenores de la ejecucion de la pena de muerte. En cambio, es manifiesto el contraste en el derecho de propiedad, en el procesal y en el político.

4.ª—Estaba admitido el concubinato, no la poligamia. Las concubinas eran de condicion inferior, no tenian la dignidad ni los derechos de la esposa, ni su union se celebraba con las solemnidades del matrimonio. Es verdad que la Biblia habla de las ocho mujeres de David y las setecientas (además de las trescientas concubinas) de Salomon; pero de este caso que recae sobre los reyes, no puede deducirse que fuera cosa autorizada en general á todos.

5.ª—Algunos escritores atribuyen á lo que daba el desposado el carácter de *dote*, y no el de *precio* por la compra de la mujer. Quizás en éste, como en otros pueblos, fué lo segundo y se trasformó despues en lo primero. Jacob, que carecia de fortuna para casarse con Raquel, tuvo que servir gratuitamente al padre de ésta, Labam, durante catorce años; lo cual no hubiera sucedido, si hubiese tenido carácter de dote lo que el marido entregaba.

6.ª—Moisés quitó al padre el derecho de vida y muerte sobre el hijo, de que estaba dispuesto á hacer uso Abraham.

7.ª—Entre los hebreos, tenia la pena un triple fin: el que inspira el talion, la intimidacion y el "quitar el mal de en medio de Israel," frase en que parece verse un presentimiento de una teoría moderna, segun la cual, si el delito es un mal, en cuanto es negacion del Dere-

cho, la pena es un bien, en cuanto es la afirmacion del mismo, ó sea "la negacion de la negacion", como dice Hegel.

8.ª—No merecen pasar en silencio el procedimiento criminal, ni la organizacion política de los hebreos. Aquel (si se exceptúa el llamado *juicio de celo*, de que fué víctima San Estéban, el primer mártir del Cristianismo, y que es análogo á lo que se llama en los Estados-Unidos norte-americanos *law of lynch*), al conceder al reo la eleccion entre el tribunal del sitio donde se cometió el delito y uno de los de Jerusalen; al autorizar gran número de tachas de recusacion para los testigos; al no dar valor al testimonio de uno solo de éstos, ni á la declaracion del delincuente, cuando le era perjudicial; al disponer el debate oral y público; al declarar desde luego ejecutoria la sentencia, si era absolutoria, mientras que, cuando era condenatoria, era preciso ratificarla al dia siguiente, siendo además necesarios dos votos de mayoría, y posible abrir el juicio hasta cinco veces, si alguien se presentaba á deponer en favor del reo; y al dar á éste, cuando era conducido al suplicio, como hacian los egipcios, una bebida para aminorar su padecimiento, de lo cual era una parodia impía el brevaje de hiel y vinagre que la soldadesca romana dió á Jesús: al hacer todo esto, resultó un procedimiento que, por el respeto que revela á la dignidad humana, no puede compararse con el de ningun pueblo de la antigüedad, y quizás sólo con el inglés en los tiempos modernos.

En cuanto á la organizacion política, el gobierno directo de Dios, el cual, segun los hebreos, rige su vida, guiando á los patriarcas, á los jueces y á los reyes; la federacion de las tribus, cada una con su asamblea, y sobre todas el Senado, el cual, junto con el territorio, la religion y la lengua constituian los fundamentos de la unidad nacional; los jueces, cargo nunca hereditario, ejerciendo el poder ejecutivo; los tribunales de los *tres*, de los *veintitres* y de los *setenta*, desempeñando el judicial; la monarquía nacional á peticion del pueblo; su decadencia, en fin, hasta su dispersion, son puntos de gran interés, sobre todo cuando se los compara con las bases de las organizaciones del Estado de entonces.—(A.)

# ÍNDICE.